



**TFJA**

TRIBUNAL FEDERAL  
DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

# RAZÓN PRÁCTICA, AUTONOMÍA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Coordinadores  
Juan Cianciardo y Pilar Zambrano



Centro de Estudios  
Superiores en materia  
de Derecho Fiscal  
y Administrativo

COLECCIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS





**TFJA**

TRIBUNAL FEDERAL  
DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA

---

**Mag. Carlos Chaurand Arzate**

Presidente  
Tribunal Federal de Justicia Administrativa

---

JUNTA DE GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

---

**Mag. Carlos Chaurand Arzate**

<b>Mag. Juan Ángel Chávez Ramírez</b>	<b>Mag. Julián Alfonso Olivas Ugalde</b>
<b>Mag. Adalberto Gaspar Salgado Borrego</b>	<b>Mag. María del Consuelo Arce Rodea</b>

---

CENTRO DE ESTUDIOS SUPERIORES  
EN MATERIA DE DERECHO FISCAL Y ADMINISTRATIVO

---

**Dr. Guillermo A. Tenorio Cueto**

Director General

**Lic. Mauricio Estrada Avilés**

Subdirector Académico

**Lic. Alejandra Abril Mondragón Contreras**

Jefa de Departamento

**LDG Dulce María Castro Robelo**

Jefa de Departamento de Diseño

**Lic. Diana Karen Mendoza García**

Técnico Administrativo

**C. María de los Ángeles González González**

Secretaria

2017

ISBN: 978-607-8140-21-3

Publicación editada por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa con domicilio en Insurgentes Sur 881, Torre "O", Col. Nápoles, Del. Benito Juárez, C. P. 03810, Ciudad de México, [www.tfja.mx](http://www.tfja.mx).

Se prohíbe la reproducción parcial o total, la comunicación pública y distribución de los contenidos y/o imágenes de la publicación, incluyendo almacenamiento electrónico, temporal o permanente, sin previa autorización que por escrito expida el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.



# Razón Práctica, Autonomía y Derechos Fundamentales

---

Coordinadores

Juan Cianciardo y Pilar Zambrano

México  
2017



---

## ÍNDICE

---

<i>Introducción</i> .....	11
---------------------------	----

### **CAPÍTULO PRIMERO**

#### **DERECHO NATURAL Y FENOMENOLOGÍA.**

<b>UNA APROXIMACIÓN DESDE LAS IDEAS DE HANS REINER</b>	17
--	----

Mariano CRESPO

### **CAPÍTULO SEGUNDO**

#### **CONVENCIÓN Y NORMATIVIDAD: UNA VISIÓN ESCÉPTICA**

Verónica RODRÍGUEZ-BLANCO

I. Introducción .....	39
II. El Modelo de Convenciones de Marmor o un intento fallido de demarcación .....	42
III. Un diagnóstico alternativo .....	48
IV. Las convenciones profundas como realización de una normatividad subyacente.....	50
V. Conclusiones.....	52

### **CAPÍTULO TERCERO**

#### **LOS DESAFÍOS COGNITIVOS DE LA INTERPRETACIÓN**

#### **CONCRETA. ENTRE LA INTELIGIBILIDAD DEL LENGUAJE Y LA INTELIGIBILIDAD DE LA ACCIÓN**

Pilar ZAMBRANO

I. Planteamiento.....	57
II. Interpretación abstracta e interpretación concreta como actividades cognitivas consecutivas.....	58

III. Los desafíos cognitivos de la interpretación abstracta: una semántica realista y un horizonte teleológico objetivo .....	62
IV. Los desafíos cognitivos propios de la interpretación concreta.....	64
V. La ampliación del espacio para el error (I): libertad y exterioridad...	68
VI. La ampliación del espacio para el error (II): la indeterminación del futuro .....	70
VII. Conclusiones.....	72

## CAPÍTULO CUARTO

### DOCTRINA DEL DOBLE EFECTO Y FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. UNA APROXIMACIÓN DESDE EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Juan CIANCIARDO

I. Planteamiento.....	77
II. La aproximación de R. Alexy al fundamento del principio de proporcionalidad: desde la Lógica a la Ontología .....	83
1. <i>Primera tesis de necesidad: la conexión entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad</i> .....	84
2. <i>Segunda tesis de necesidad: la conexión entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad</i> .....	87
III. Crítica de la posición de Alexy .....	90
1. <i>Primera crítica: la identificación entre principios iusfundamentales y derechos fundamentales</i> .....	90
2. <i>Segunda crítica: una visión conflictivista de la dinámica entre principios</i> .....	92
3. <i>Tercera crítica: el carácter absoluto de los derechos</i> .....	93
4. <i>Cuarta crítica: una negación del carácter incommensurable de los derechos</i> .....	95

5. <i>Fundamentación del principio de proporcionalidad y doctrina del doble efecto</i> .....	96
A. <i>La doctrina del “doble efecto”</i> .....	96
B. <i>La doctrina del doble efecto y los principios constitucionales</i> .....	97
C. <i>Doctrina del doble efecto, principios y principio de proporcionalidad</i> ...	98
IV. Necesidad de una justificación ontológica: la dinámica de las relaciones humanas como sustento de la razonabilidad y de la proporcionalidad .	100
V. Bibliografía.....	104

**CAPÍTULO QUINTO**  
**AUTONOMÍA Y ACCIÓN: A PROPÓSITO DE**  
**ALGUNAS DISTINCIONES LINGÜÍSTICAS**

Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ

I. Situación.....	111
II. Dos distinciones lingüísticas.....	112
1. <i>Una primera distinción: “morir”/“matar”</i> .....	112
2. <i>Una segunda distinción: “matar”/“has matado”</i> .....	115
III. Las dos facetas de la autonomía como expresión de agencia .....	120
IV. Imputación y agencia en el Estado liberal .....	127
V. Conclusiones .....	132

**CAPÍTULO SEXTO**  
**NOTAS SOBRE RAZÓN PRÁCTICA Y DERECHO**

Ángela APARISI MIRALLES

I. Razón teórica y razón práctica.....	137
1. <i>Razón teórica y positivismo jurídico</i> .....	139
II. El papel del razonamiento práctico en la creación de un “buen Derecho”	143
1. <i>Principios del razonamiento práctico</i> .....	145
III. El razonamiento práctico en la actividad cotidiana del “buen jurista”.	155
1. <i>¿Es posible ser un “buen jurista” sin poseer las virtudes profesionales? ...</i>	158

2. <i>El razonamiento prudencial</i> .....	159
IV. Conclusión.....	163

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### EL PROCESO DE DESPLAZAMIENTO DE LA AUTORIDAD NORMATIVA EN LOS ORDENAMIENTOS EUROPEOS, DESDE LOS LEGISLATIVOS NACIONALES A LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA (TJUE) COMO ESTRELLA EMERGENTE EN EL FIRMAMENTO DE LA UNIÓN

Carlos FIDALGO GALLARDO

I. Planteamiento .....	167
II. Cuestiones de técnica legislativa.....	170
1. <i>Elefantiasis normativa, interna y externa</i> .....	171
2. <i>Normas abiertas y estándares difusos (la importación de la técnica normativa de las políticas)</i> .....	174
III. Cuestiones institucionales.....	178
1. <i>Los tribunales como instancias creadoras de Derecho</i> .....	178
2. <i>El reforzamiento de la potestad normativa de las Instituciones de la Unión Europea. Especial consideración al Tribunal de Justicia de la Unión Europea..</i>	185
IV. Cerrando el círculo. Todos los caminos conducen... a Luxemburgo.....	187

# Introducción

---

La práctica generalizada de condicionar la validez del Derecho al respeto de los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y/o en las convenciones internacionales de derechos, ha hecho reverdecer el interés por las conexiones entre el Derecho, la moral y la política. Se trata, en realidad, de un giro del ya largo debate entre iusnaturalismo y positivismo, en dirección hacia un reconocimiento generalizado, de la existencia de una conexión interpretativa y justificativa del Derecho con la moral y la política. Una vez que se reconoce esta doble conexión interpretativa y justificativa, se abre un nuevo campo de interrogantes cuya naturaleza interdisciplinar postula la necesidad de un análisis igualmente interdisciplinar. Veamos algunos de ellos:

a) Si el Derecho no puede construirse aisladamente sino en conexión con la moral y con la política, ¿con qué moral y con qué política se conecta?, y ¿cuánta moral, cuánta política, cuánto Derecho? Más concretamente, ¿cómo se conectan los principios jurídicos con los principios morales? ¿Cómo se conectan los principios constitucionales con los principios de cada una de las ramas del Derecho?

b) Si la validez del Derecho depende de su conexión con la moral y con la política, ¿cuál es la relevancia práctica del Derecho? ¿Acaso es el Derecho un orden coactivo que se limita a garantizar el cumplimiento de las normas morales y políticas con la fuerza de la coacción pública? ¿O es, en cambio, una instancia creadora de obligaciones morales originales?

c) Si el Derecho, como la moral, se propone guiar la acción humana ofreciendo auténticas razones para la acción y no meramente motivos para temer, ¿comparten el Derecho y la moral un mismo concepto de acción humana? ¿Tipifica el Derecho la acción con el mismo criterio con que lo hace la moral? ¿En qué confluyen

y en qué difieren una y otra aproximación a la acción humana? ¿Cómo garantizar y preservar la capacidad de guía y la autoridad del Derecho (es decir, respectivamente, su condición de razón para guiar la acción y para juzgarla)?

Estas preguntas –y otras relacionadas con ellas, algunas más amplias, otras más concretas– emergieron desde comienzos de los noventa con una fuerza inusitada tanto en la Filosofía Jurídica como en dos subsistemas particularmente interesados, por razones bastante evidentes, en consideraciones filosóficas: el Derecho Penal y el Derecho Constitucional. Teniendo en cuenta el panorama muy sintéticamente expuesto, resulta razonable prever que una discusión interdisciplinar entre *ius filósofos*, penalistas, constitucionalistas y filósofos pueda dar lugar a aportes interesantes que conduzcan a una mejor comprensión de la “cultura de derechos” en la que estamos inmersos. A su vez, cabe esperar que dicha discusión tenga relevancia en otras áreas: Derecho Administrativo, Procesal, Civil... Generar un debate de estas características ha sido el objeto del libro “Razón práctica, autonomía y derechos fundamentales”, cuyo origen ha sido un *workshop* sobre este tema organizado por el Instituto Cultura y Sociedad de la Universidad de Navarra.

Los trabajos que integran este volumen asumen como presupuesto que el Derecho se propone coordinar conductas con autoridad moral, mediante un aparato o sistema normativo que incluye principios y reglas, y que a través de los principios (fundamentales) se conecta con una teoría (moral) de la vida lograda y con una teoría (política) de lo justo. Partiendo de allí, nos proponemos como objetivo la identificación de algunos de los presupuestos implicados en estas afirmaciones. En concreto, cuáles son las cualidades formales y/o sustantivas, así como los presupuestos lingüísticos y epistémicos, de las teorías moral y política con las que se conecta el Derecho, si es que pretende coordinar el obrar humano de forma inteligible y autoritativa en un contexto de fragmentación moral y cultural.

Sobre la base de esta asunción y este objetivo, se pretendió como resultado global verificar la consistencia de varias hipótesis relacionadas entre sí.

La primera de ellas es que la inteligibilidad del discurso jurídico depende, como la inteligibilidad de todo discurso, de que los enunciados jurídicos hagan

referencia de forma directa o indirecta, mediata o inmediata, a una realidad intrínsecamente inteligible. No es esta una hipótesis acerca de la justificación de la obligatoriedad moral del Derecho, sino más bien una hipótesis anterior, sobre las condiciones lógicas que permiten al Derecho guiar la conducta humana.

Esta primera hipótesis es abordada en el libro desde perspectivas distintas y complementarias. Mariano Crespo analiza en profundidad la tesis fenomenológica de Hans Reiner, según la cual la inteligibilidad del Derecho depende de la incorporación de “elementos objetivos anteriores a toda ley positiva”. Verónica Rodríguez Blanco somete a prueba el convencionalismo conceptual y moral de Andrei Marmor, no solo ni únicamente en su capacidad para justificar el Derecho, sino también y principalmente en su capacidad para dar cuenta de la inteligibilidad o comprensibilidad del Derecho. Pilar Zambrano analiza los distintos momentos o juicios de la decisión judicial, en vistas a determinar cuáles son las condiciones epistémicas que permiten conectarla de modo objetivo con las fuentes de Derecho Positivo en sentido amplio. Esto es, incluyendo no solo el discurso jurídico positivo, sino también y fundamentalmente, el propósito o sentido último que justifica a toda práctica jurídica.

Ahora bien, el Derecho no pretende únicamente ser “comprensible”, sino también hacer alguna diferencia en el razonamiento práctico de sus agentes. El Derecho se propone, en otras palabras, ofrecer razones originales para la acción, que no se confundan con un orden moral y/o político de razones, sino que lo complementen. Esta diferencia práctica implica, desde el punto de vista conceptual, que el discurso jurídico no se limita a reproducir el discurso moral y/o político, sino que lo determina o concretiza.

Siguiendo esta línea de razonamiento, la segunda hipótesis que se intentó validar es que las reglas determinan lo que los principios jurídicos dejan indeterminado; los principios jurídicos determinan lo que la política (o una concepción de la justicia incorporada al Derecho Positivo) deja indeterminado, y la política está al servicio de una concepción moral de la vida lograda (tesis de la cadena de determinación). Desde el punto de vista discursivo, la “tesis de la cadena de deter-

minación” implica la “tesis de especificidad semántica”. Según esta última, aunque el sentido de los conceptos jurídicos se revela en su integración con el universo conceptual moral y político, cada uno de estos planos conceptuales (el jurídico, el moral y el político) agrega a los demás una diferencia específica.

La cadena de determinación y la especificidad semántica del discurso jurídico generan en el orden interpretativo una consecuencia muy concreta: el sentido último de las normas jurídicas se aprehende, capta o comprende, en una síntesis interpretativa entre el discurso jurídico y el discurso moral y político. La interpretación jurídica no es, pues, ni pura reproducción de un discurso jurídico desvinculado o desconectado de toda referencia a instancias normativas previas, ni tampoco, en el otro extremo, pura reproducción de un discurso moral y político previo. En el primer caso, la reproducción sería imposible, pues la convencionalidad radical del discurso jurídico lo tornaría incomprensible. En el segundo, el Derecho se tornaría irrelevante.

Juan Cianciardo pone en acción esta directiva interpretativa mediante un análisis comparativo del uso del principio moral del “doble efecto” en el plano jurídico y en el plano moral. En una línea semejante, Pablo Sánchez-Ostiz analiza las coincidencias y diferencias entre los criterios morales y jurídicos de imputación y de valoración de la conducta, a la luz del principio liberal de autonomía. Ángela Aparisi Miralles escudriña la conexión y la distinción entre la Deontología Jurídica Positiva y el razonamiento práctico moral, a la luz de los aportes de John Finnis.

La tesis de la cadena de determinación implica una tesis acerca del reparto de la autoridad para crear Derecho en los sistemas constitucionales actuales, que muy sintéticamente podría enunciarse del siguiente modo: las decisiones judiciales que adjudican derechos con base en principios jurídicos son, al propio tiempo, actos creadores de nuevo derecho. Esta tesis, ampliamente compartida en la filosofía jurídica contemporánea, exige repensar continuamente la medida en que los sistemas de reparto territorial y funcional del poder legisferante no son ya legítimos sino viables. El estudio de Carlos Fidalgo acerca del desplazamiento de la autoridad normativa en los ordenamientos europeos ofrece una respuesta posible para este orden de preguntas en el contexto específico de la Unión Europea que, sin lugar a dudas, es extensible a otros sistemas de integración regional.

Sobre la base de las conclusiones anteriores se manifiesta la imposibilidad –no la ilegitimidad– de construir una práctica y un discurso jurídico absolutamente convencionales, sin referencia alguna a una realidad antropológica, moral y política intrínsecamente inteligible. A pesar de su fuerte recepción en la *praxis* y en la dogmática constitucional, esta pretensión de convencionalidad radical es insuficiente para dar cuenta de la función coordinadora del Derecho. Como contracara, se aspira a poner de manifiesto que tanto la autoridad como la eficacia en la coordinación se sustentan en la asunción, por parte del Derecho, de una teoría conceptual que podríamos llamar “realista”, capaz de conectar significativamente los derechos fundamentales con una política objetiva (teoría de los justos), una moral objetiva (teoría de la vida lograda) y, en última instancia, una concepción metafísica de la persona humana.

Como corolario de todo lo anterior, en el libro se pretende mostrar: a) que solo cuando la *praxis* jurídica asume una política, una ética y una teoría conceptual realistas es capaz de preservar la función del Derecho (resolver conflictos y coordinar conductas con una pretensión de razonabilidad) y de asegurar el respeto de los derechos humanos (“cartas de triunfo en manos de las minorías”, según la conocida expresión de Dworkin); b) que la autoridad del Derecho (su capacidad de generar razones para la acción con fuerza categórica) en una sociedad fragmentada es directamente proporcional a su nivel de conexión determinativa con la moral, con la política y con la concepción metafísica de la persona humana que opera de enlace entre los tres planos normativos (moral, política y Derecho).

Los coordinadores dejamos constancia de nuestra gratitud con cada uno de los participantes del *workshop* que dio origen a este trabajo, en especial con los Profesores y Doctores Alejandro Vigo, impulsor de la iniciativa; Mariano Crespo, que la alentó constantemente; Ángel Gómez Montoro y Pablo Sánchez-Ostiz, que la coorganizaron. Agradecemos también al Profesor, Doctor Guillermo Tenorio, quien desde el inicio se mostró interesado por la difusión de sus resultados.

Pilar Zambrano y Juan Cianciardo  
Pamplona, octubre de 2016





# CAPÍTULO PRIMERO

Derecho Natural y Fenomenología.  
Una aproximación desde las ideas de Hans Reiner

Mariano CRESPO



# CAPÍTULO PRIMERO

## Derecho Natural y Fenomenología.

### Una aproximación desde las ideas de Hans Reiner

---

Mariano CRESPO<sup>1</sup>

El título de este capítulo pone en relación dos tradiciones filosóficas, ciertamente, muy diferentes. En ese sentido, puede resultar un tanto “chocante” pensar que desde la fenomenología contemporánea iniciada por Edmund Husserl, la cual hace valer como método fundamental la puesta entre paréntesis de cualquier cuestión metafísica, pueda realizarse una aportación a una problemática con un claro trasfondo metafísico como la referida al Derecho Natural. Ciertamente, son varias las teorías que han defendido la existencia de este Derecho como también son varias las teorías fenomenológicas. Recuérdese, al respecto, como Paul Ricoeur señalaba que la fenomenología no es sino la “historia de una serie de herejías”. Sin embargo, si, por un momento, restringimos nuestros análisis a las filosofías de Tomás de Aquino y de Edmund Husserl, respectivamente, existen importantes puntos de contacto entre estas, como ha señalado Edith Stein. Así, ambos autores defienden la idea de que la Filosofía es una ciencia estricta en el sentido de que “no es cosa del sentimiento o de la fantasía ni pretenciosa ensoñación, sino asunto de la razón que investiga con rigor y sobriedad”<sup>2</sup>. En este sentido, ambos autores estaban convencidos de que “un

---

<sup>1</sup> ICS, Universidad de Navarra.

<sup>2</sup> Stein, E., “Was ist Philosophie? Ein Gespräch zwischen Edmund Husserl und Thomas von Aquin” en Edith Steins Werke, Editadas por Lucy Gelber y Michael Linsen O.C.D., Vol. XIV: Erkenntnis und Glaube, Herder, Freiburg, 1993. (*¿Qué es Filosofía? Un diálogo entre Husserl y Tomás de Aquino*, 2ª ed., trad. de A. Valero, Madrid, 2008, p. 13).

*logos* gobierna todo cuanto es, de que es posible para nuestro conocimiento descubrir paso a paso algo de ese *logos* y de que siguiendo la máxima de la más estricta honradez intelectual, este conocimiento progresará cada vez más”<sup>3</sup>. Ambos autores, como también señala Stein, no han dudado, pues, del poder de la razón. Sin embargo, esta, la razón, tuvo en ellos significados diferentes. Mientras que para Husserl la razón no significa (no podía significar) otra cosa que razón natural, para el Aquinate, como es conocido, es posible distinguir entre razón natural y sobrenatural. De este modo, el Doctor Angélico admite un tipo de conocimiento diferente del natural, un conocimiento que comprende a la verdad total. Por la Revelación se le han comunicado al hombre algunas cosas que por el camino del conocimiento natural no hubiera obtenido o las hubiera obtenido con gran dificultad. Por otro lado, las orientaciones básicas de ambos filósofos son muy distintas. Mientras que Santo Tomás tiene, en palabras de Stein, “la certeza absoluta que se necesita para erigir un edificio sólido”, los filósofos modernos como Husserl tienen que buscar primero un punto de partida semejante para a partir de ahí desarrollar una “filosofía completamente originaria”<sup>4</sup>. Se trata de la oposición entre lo que algunos han denominado –a mi juicio con poco éxito– una “filosofía dogmática” y una “filosofía crítica”. A esto se añade que la filosofía tomista es una filosofía teocéntrica mientras que la filosofía husserliana –al igual que la filosofía moderna en general– es una filosofía “egocéntrica”. Husserl consideraba a la fenomenología como una “nueva ciencia fundamental”, una ciencia de un nuevo tipo y de una extensión infinita, estricta y de carácter fundante cuya tarea es el estudio del “reino de la conciencia pura y de sus fenómenos, pero no según su ser fáctico, sino según sus posibilidades y leyes ideales”. En cualquier caso, me atrevería a decir que, salvando las enormes distancias, ambos modos de hacer filosofía –especialmente en el caso de sus máxi-

---

<sup>3</sup> Stein, E., *op. cit.*, p. 14.

<sup>4</sup> *Cfr.* Husserl, E., “Die reine Phänomenologie, ihr Forschungsgebiet und ihre Methode. Freiburger Antrittsrede” en *Aufsätze und Vorträge*, (1911-1921). Mit ergänzenden Texten (Husserliana XXV, herausgegeben von T. Nenon und H.R. Sepp, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1997, pp. 68-81).

mos representantes— están presididos por un imperativo incondicional para la filosofía misma: “procurar con el máximo sentido de responsabilidad no aceptar como verdadera ninguna tesis que no hayamos personalmente comprobado en la medida de nuestras fuerzas y recurriendo al tipo de experiencia en el que auténticamente se tenga acceso a las cosas de las que se habla”<sup>5</sup>.

No pretendo profundizar en las semejanzas y diferencias generales entre ambas corrientes filosóficas. Mi intención es, más bien, presentar la contribución de un poco conocido autor, perteneciente en sentido amplio a la corriente fenomenológica, a la discusión en torno a algunas de las preguntas centrales planteadas en torno al Derecho Natural. Estas aportaciones se centran fundamentalmente en la cuestión acerca de la existencia de una serie de elementos objetivos anteriores a toda ley positiva y que constituyen los criterios que han de orientar a esta. El autor al que me refiero es Hans Reiner. Permítanme algunas breves palabras acerca de su vida y obra.

Hans Reiner nació el 19 de noviembre de 1896. Estudió filosofía en Friburgo con Edmund Husserl con quien se doctoró en 1926 con una tesis sobre el problema de la libertad de la voluntad. En 1931 obtuvo la habilitación al profesorado en la Universidad de Halle con un escrito que apareció posteriormente bajo el título *El fenómeno del creer, presentado en lo que respecta a su contenido metafísico*. Después de la Segunda Guerra Mundial fue profesor de la Universidad de Friburgo hasta 1965.

Falleció el 4 de septiembre de 1991. Algunas de sus publicaciones más destacadas, además de las mencionadas, son<sup>6</sup>: *Das Prinzip von Gut und Böse*, Freiburg, 1949; *Pflicht und Neigung. Die Grundlagen der Sittlichkeit, erörtert und neu bestimmt mit besonderem Bezug auf Kant und Schiller*, 1951; *Die Ehre. Kritische Sichtung einer abendländischen Lebens- und Sittlichkeitsform*, Darmstadt, 1956; *Die philosophische Ethik*.

<sup>5</sup> García-Baró, M., *Sócrates y herederos. Introducción a la historia de la Filosofía occidental*, Salamanca, Sígueme, 2009, p. 14.

<sup>6</sup> Una lista completa de las obras de Reiner se encuentra en “Hans Reiners Beiträge zur philosophischen Ethik einschließlich die Ethik beruhender Arbeiten zur Existenz-, Rechts-Staats- und Religionsphilosophie” en Huppertz, N. (Hrsg.), *Die Wertkrise des Menschen, Philosophische Ethik in der heutigen Welt; Festschrift für Hans Reiner*, Venlag A. Haim, Meitenhein, 1979, pp. 255-260.

*Ihre Fragen und Lehren in Geschichte und Gegenwart*, 1964. Algunos de sus escritos abordan directamente la cuestión del Derecho Natural. Entre estos cabe citar: *Zur Bedeutung der phänomenologischen Methode in Ethik und Rechtsphilosophie*<sup>7</sup>; *Die Goldene Regel und das Naturrecht: Zugleich Antwort auf die Frage: Gibt es ein Naturrecht?*<sup>8</sup> y el librito *Grundlagen, Grundsätze und Einzelnormen des Naturrechts*, Alber, Freiburg, 1964<sup>9</sup>.

Las principales aportaciones de Reiner a la discusión en torno al Derecho Natural –cuestión esta por la que se interesó, pero que no estaba en el centro de sus preocupaciones filosóficas– tienen que ver, por un lado, con el esclarecimiento de ciertos elementos pre-positivos del Derecho y, por otro lado, con el esfuerzo por mostrar que es posible derivar de los principios fundamentales del Derecho Natural preceptos aplicables a la vida cotidiana. Veamos cuáles son estas aportaciones.

En primer lugar y por lo que se refiere a los elementos pre-positivos del Derecho, pienso que puede resultar útil ofrecer una mínima clasificación de cuáles sean estos. Esta tarea es emprendida por el filósofo austriaco del Derecho Wolfgang Waldstein, en varios textos suyos, entre los cuales destaca la lección inaugural con la que en 1966 tomaba posesión de su cátedra en la Universidad de Salzburgo<sup>10</sup>. Aunque sus análisis están centrados en la presencia de estos elementos en el Derecho Romano, creo que los resultados obtenidos son extrapolables a la cuestión en sí. El primer grupo de estos elementos es el constituido por las *características o propiedades de los objetos que regular*. Estas propiedades son descubiertas, no inventadas.

---

<sup>7</sup> Reiner, H., “Zur Bedeutung der phänomenologischen Methode in Ethik und Rechtsphilosophie” en Würtenberg, T. (Hrsg.), *Phänomenologie, Rechtsphilosophie, Jurisprudenz. Festschrift für Gerhart Husserl, zum 75. Geburtstag*, Vittorio Klostermann, Frankfurt, 1969, pp. 27-37.

<sup>8</sup> Reiner, H., “Die Goldene Regel und das Naturrecht: Zugleich Antwort auf die Frage: Gibt es ein Naturrecht?”, *Studia Leibnitiana*, Bd. 9, H. 2, 1977, pp. 231-254.

<sup>9</sup> Reiner, H., *Grundlagen, Grundsätze und Einzelnormen des Naturrechts*, Alber, Freiburg, 1964. (*Fundamentos, principios y normas particulares del Derecho Natural*, trad. de M. Crespo, Madrid, Ediciones Encuentro, 2015).

<sup>10</sup> Waldstein, W., *Vorpositive Ordnungselemente im römischen Recht*. Antrittsvorlesung gehalten am 25. Jänner, 1966 an der Universität Salzburg, Salzburger Universitätsreden, Heft 19, Verlag Anton Pustet, Salzburg, 1967. Cfr., del mismo autor, *Ins Herz geschrieben. Das Naturrecht als Fundament einer menschlichen Gesellschaft*, Sankt Ulrich Verlag, Augsburg, 2010.

Se trata de la naturaleza de las cosas. El que estas sean de un determinado modo y no de otro es el origen de ciertas prescripciones. Esto explicaría, por ejemplo, el absurdo de tratar a los animales vivos del mismo modo que se trata a los objetos que son divisibles en partes. Tampoco tendría sentido tratar a los bienes inmuebles del mismo modo que tratamos a los animales. Un segundo grupo de elementos pre-positivos tiene que ver con lo que los romanos denominaban *fides*, en el sentido de autenticidad, honradez, confianza, en contraposición a malicia, engaño, etc. El tercer grupo de estos elementos apunta precisamente al *ius naturale*. Waldstein se refiere a la dificultad de esclarecer este concepto en el Derecho Romano. Una de las razones de esta dificultad es, según este autor, el hecho de que los juristas romanos no pretendieron desarrollar una teoría sistemática del Derecho Natural ya que su intención era, más bien, solucionar los casos individuales. La fuente principal sería Cicerón, el cual en *De republica* afirma lo siguiente:

La verdadera ley es una recta razón, congruente con la naturaleza, general para todos, constante, perdurable, que impulsa con sus preceptos a cumplir el deber, y aparta del mal con sus prohibiciones; pero que, aunque no inútilmente ordena o prohíbe algo a los buenos, no conmueve a los malos con sus preceptos o prohibiciones. Tal ley, no es lícito suprimirla, ni derogarla parcialmente, ni abrogarla por entero, ni podemos quedar exentos de ella por voluntad del senado o del pueblo, ni debe buscarse un Sexto Elio que la explique como intérprete, ni puede ser distinto en Roma y en Atenas, hoy y mañana, sino que habrá siempre una misma ley para todos los pueblos y momentos, perdurable e inmutable; y habrá un único dios como maestro y jefe común de todos, autor de tal ley, juez y legislador, al que, si alguien desobedece huirá de sí mismo y sufrirá las máximas penas por el hecho mismo de haber despreciado la naturaleza humana, por más que consiga escapar de los que se consideran castigos (*De Republica*, libro III, 33)<sup>11</sup>.

De este modo, nos encontramos con la idea de una ley que tiene que ver con la estructura de la razón práctica, la cual es, como sabemos, fundamentalmente te-

<sup>11</sup> Cicerón, M.T., *Sobre la República*, introducción, traducción, apéndice y notas de Álvaro D'Ors., Madrid, Gredos, 1991, p. 137.

leológica y válida para todos<sup>12</sup>. Dicho de otra forma, a toda elección libre subyace la tendencia a un fin. En este orden de cosas y como señala Rhonheimer<sup>13</sup>, la teoría de la *lex naturalis* de Santo Tomás constituye una teoría para determinar lo “racional por naturaleza”, lo correcto, en definitiva, lo bueno. El cuarto grupo de elementos pre-positivos es indicado por Waldstein con términos como *aequitas, iustitia, iustum* y semejantes. Estos conceptos remiten a un fenómeno que, ciertamente, está en relación estrecha con el *ius naturale*, pero que no es idéntico con este. Se trata del fenómeno de la justicia<sup>14</sup>. El quinto y último grupo de elementos anteriores a toda ley positiva es el constituido por la estructura esencial de las entidades jurídicas. La contribución más significativa que, desde el ámbito de la fenomenología, se ha hecho al esclarecimiento de este tipo de entidades la encontramos en la obra de Adolf Reinach, *Los fundamentos a priori del Derecho Civil*<sup>15</sup>. Según este autor, hay toda una clase de objetos que son temporales, pero que por ello no son ni psíquicos ni físicos. Entre ellos se encuentran entidades como las pretensiones y las obligaciones que subyacen a un contrato, en particular, y a cualquier promesa, en general. Nos encontramos aquí ante una serie de datos inteligibles, independientes de su verificación empírica que nos remiten a una estructura esencial, la cual existe con anterio-

---

<sup>12</sup> En este contexto, es preciso señalar que Edmund Husserl, el iniciador del método fenomenológico, insiste en que en el mundo de bienes y valores hacemos continuamente juicios de valor y consideraciones finalísticas. En cuanto sujetos éticos vemos el mundo que está en torno a nosotros no solo como es, sino también como debería ser, como un mundo con tareas infinitas, con posibilidades prácticas de las cuales somos responsables. Por consiguiente, desde el comienzo de su vida moral, el yo está motivado por un fin que da una forma unitaria a la multiplicidad de sus acciones. Con otras palabras, una visión ética es una visión teleológica. Esta concepción teleológica de la vida moral debe ser comprendida en el marco general de la visión teleológica de la conciencia. Según Husserl, la conciencia vive en la creencia de que todas las intenciones pueden ser cumplidas. Por otra parte, como es sabido, la estructura teleológica de la vida moral constituye uno de los elementos centrales de la ética clásica, en general, y de la teoría de la ley natural, en particular. En esta tradición los juicios prácticos surgen, por consiguiente, en el contexto de las tendencias.

<sup>13</sup> Rhonheimer, M., *La perspectiva de la moral. Fundamentos de la ética filosófica*, Madrid, Rialp, 1994, p. 268.

<sup>14</sup> Waldstein, W., *Vorpositive Ordnungselemente im römischen Recht*, p. 18.

<sup>15</sup> Cfr. Reinach, A., “Die apriorische Grundlagen des bürgerlichen Rechts” en: *Sämtliche Werke. Textkritische Ausgabe in zwei Bänden*, Philosophia-Verlag, München, 1989. (*Los fundamentos a priori del Derecho Civil*, trad. de M. Crespo, Granada, Comares, 2010).

ridad a la promulgación de cualquier ley positiva. Se trata, pues, de una estructura descubierta, no generada. Estas entidades jurídicas tienen, en palabras del propio Reinach, “un ser jurídico extrapositivo exactamente como los números poseen un ser autónomo respecto a la ciencia matemática”. El ser de estas entidades jurídicas es, pues, independiente de que los hombres lo reconozcan y, por consiguiente, de todo Derecho Positivo. Cuando penetramos en la esencia de estas entidades, encontramos leyes análogas a las que encontramos en los números y en las figuras geométricas. Estas leyes son “eternas” e “independientes de nuestro conocimiento al igual que los son las leyes de las matemáticas”.

La primera de las contribuciones de Hans Reiner a la discusión en torno al Derecho Natural, a saber, la referida a los elementos pre-positivos del Derecho, tiene que ver con un elemento diferente de aquel que fue analizado por Adolf Reinach y al que me acabo de referir. Reiner prestó su atención especialmente al concepto de justicia para mostrar, a partir, de un análisis de este la existencia “por naturaleza” de ciertos bienes los cuales fundan, por su parte, determinados principios centrales. No obstante, no se pierda de vista que el objetivo principal, no exclusivo, de Reiner es mostrar cómo a partir de los principios fundamentales del Derecho Natural es posible derivar determinadas normas individuales.

La obra de Reiner, *Grundlagen, Grundsätze und Einzelnormen des Naturrechts* está constituida por una serie de conferencias pronunciadas originariamente en 1962 ante la Sociedad Kant y la Sociedad General Filosófico-Religiosa de Munich. Un año después estas conferencias fueron emitidas en un programa de radio. Esto explica que los destinatarios de las mismas no sean los especialistas en Filosofía del Derecho, sino un público culto más amplio. El propósito de su autor como él mismo declara, no es sino ofrecer “un nuevo esbozo de una teoría del Derecho Natural” o, más explícitamente, una “nueva formulación y explicación de algunos de los fundamentos y principios más centrales del Derecho Natural” a fin de llegar a una “deducción o derivación estricta de preceptos aplicables individualmente”<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Reiner, H., *Grundlagen, Grundsätze und Einzelnormen des Naturrechts*, pp. 13-14.

El punto de partida de sus análisis es la contraposición entre justo (*recht*) e injusto (*unrecht*). Según Reiner nos encontramos aquí con una diferencia no establecida por la ley positiva. En este sentido, hay muchas acciones que, con independencia de que las leyes positivas lo establezcan o no, se consideran como injustas. Nuestro autor comparte con la teoría clásica del Derecho Natural la idea de que la diferencia entre justo e injusto existe por naturaleza y que esta diferencia es captada por la razón práctica. Esto implica sostener, por consiguiente, que dicha diferencia permanece siempre igual en oposición a la diversidad y al cambio de las leyes positivas.

El primer paso para comprender la diferencia entre justo e injusto consiste, según nuestro autor, en determinar la esencia y los fundamentos del Derecho en general. Para ello hay, a su vez, un paso previo, a saber, rebatir los dos grandes grupos de objeciones que, en opinión de Reiner, se han hecho a la teoría del Derecho Natural, a saber: 1) que las proposiciones que se presentaban como principios del Derecho Natural eran demasiado generales –por ser tan solo de carácter formal– de modo que de ellas no se podían derivar proposiciones con contenido o proposiciones jurídicas aplicables inmediatamente y 2) que estaban mal fundamentadas. Esto último sería puesto de manifiesto, sobre todo, por la existencia de leyes positivas que atentan contra esas proposiciones fundamentales del Derecho Natural. No existe en Reiner una respuesta sistemática a estas objeciones (sobre todo a la segunda de ellas), como sí existe en Reinach<sup>17</sup>. Tan solo se limita a señalar la existencia de obstáculos, individuales y/o colectivos, que pueden impedir el conocimiento de los principios del Derecho Natural. En cualquier caso, el argumento de Reiner insiste en que el no reconocimiento de hecho de cualquiera de los principios del Derecho Natural no constituye una prueba de que estos no sean válidos.

---

<sup>17</sup> Con respecto al problema de por qué existen leyes positivas que se “desvían” de las leyes *a priori*, universales y necesarias, del Derecho, Reinach sostiene que, en el fondo, no existe contradicción alguna entre ambos tipos de proposiciones. Ello se debe a que los actos que están en su base son completamente diferentes. En la base de las leyes positivas nos encontramos con *Bestimmungsakte*, esto es, actos que prescriben que un estado de cosas debe ser o no debe ser. Por su parte, el fundamento de las proposiciones de las leyes *a priori* del Derecho son *Anpassungsakte*, esto es, actos que intentan adecuarse a la realidad. Dicho de otro modo, no puede haber contradicción alguna entre proposiciones normativas y proposiciones prescriptivas.

A su vez, la determinación de la esencia y de los fundamentos del Derecho en general se subdivide en dos cuestiones: la primera de ellas se refiere al fundamento antropológico y, con ello, natural de nuestra conciencia del Derecho; la segunda alude al modo en el que esta conciencia del Derecho adquiere contenidos concretos o, lo que es lo mismo, ¿cómo y con qué justificación llegamos a tener esto por justo y aquello por injusto?

Permaneciendo en la primera cuestión, Reiner se pregunta acerca de la manera en la que conocemos los requerimientos del Derecho Natural y, en definitiva, la diferencia entre justo e injusto. Al respecto escribe: “Si existe de hecho un Derecho Natural tal, entonces pertenece a su carácter propio, como ya se ha mencionado, que sus requerimientos (tanto las pretensiones como los deberes) sean conocidos por nosotros por naturaleza, que, por así decir, tengamos de suyo la conciencia de que las pretensiones y deberes en cuestión deben ser cumplidos”.

Como decía hace un momento, Reiner comparte con las teorías clásicas del Derecho Natural la idea de que es la razón, en su función como razón práctica, la que nos da la posibilidad de reconocer y comprender un orden natural del Derecho. Sin embargo, las teorías clásicas del Derecho Natural, en sus diversas modalidades, no habrían ofrecido una explicación del todo satisfactoria de un orden tal. No se trata, siempre según Reiner, de que remitir a la razón sea algo falso, sino de que, más bien, la esencia de esta no ha sido captada y determinada suficientemente por estas teorías como sí lo habría hecho Max Scheler en su conocida obra *El puesto del hombre en el cosmos*<sup>18</sup>. Como se recordará, Scheler sostiene en esa obra que el término *Geist* es más comprensivo que *razón (Vernunft)* ya que incluye no solo a esta en cuanto *Ideendenken*, sino también a “una determinada clase de actos volitivos y emocionales como el amor, el arrepentimiento, la veneración, la admiración intelectual, la felicidad, la desesperación, las decisiones libres, etc.”<sup>19</sup>. De este modo, Reiner

<sup>18</sup> Scheler, M., *Die Stellung des Menschen im Kosmos*, 9 Auflage, Francke Verlag, Bern, 1978.

<sup>19</sup> “Wir wollen lieber ein umfassenderes Wort für jenes X gebrauchen, ein Wort, das wohl den Begriff, Vernunft ‘mitumfasst, aber neben dem, Ideendenken’ auch eine bestimmte Art der, Anschauung’, die von Urphänomenen oder Wesensgehalten, ferner eine bestimmte Klasse

entronca con la tradición de la filosofía contemporánea que parte con la división establecida por Franz Brentano entre tres tipos de fenómenos psíquicos, a saber, las representaciones, los juicios y los fenómenos de interés o también llamados “de amor y odio”. Estos últimos engloban tanto a los fenómenos volitivos como a los estimativos. Esta misma idea está presente en las primeras investigaciones éticas de Edmund Husserl, el cual defiende la idea de “lados diferentes, pero no de partes de la razón”. Junto a los lados teórico y práctico de la razón existiría un “tercer lado” a caballo entre ambos, a saber, el lado valorante o axiológico que consiste, precisamente, en esta capacidad de tomar posición ante el ser-así de las cosas. Entre las “cosas”, ante cuyo ser así tomamos postura, se encuentran los otros seres humanos y el orden legal que regula la convivencia entre estos.

Esta capacidad de tomar postura –anclada como hemos visto en la estructura misma de la razón– se basa en la característica fundamental del ser humano que le diferencia respecto de los otros seres vivos en cuanto *geistiges Wesen*. Se trata de su desligamiento (*Entbundenheit*) de lo orgánico. Un *geistiges Wesen* como el ser humano ya no está “atado” a los instintos y al entorno, sino que está libre de estos (*umweltfrei*) y está abierto al mundo (*weltoffen*), tiene “mundo”<sup>20</sup>. Esta apertura al mundo (*Weltoffenheit*) constituye, pues, la característica central del ser humano. Reiner considera que el modo en el que Scheler concibe esta apertura al mundo

---

volitiver und emotionaler Akte wie Güte, Liebe, reue, Ehrfurcht, geistige Verwunderung, Seligkeit und Verzweiflung, die freie Entscheidung mitumfasst: das Wort, Geist'. Das Aktzentrum aber, in dem Geist innerhalb endlicher Seinssphären erscheint, bezeichnen wir als, Person', in scharfem Unterschied zu allen funktionellen Lebenszentren, die nach innen betrachtet auch, seelische' Zentren heißen“ (Scheler, M., *Die Stellung des Menschen en Kosmos*, Francke Verlag, Bern, 178, p. 38).

<sup>20</sup> “Der Mensch ist das X, das sich in unbegrenztem Masse, weltoffen'verhalten kann. Menschwerdung ist Erhebung zur Weltoffenheit kraft des Geistes“ (Scheler, M., *op. cit.*, p. 40); Das Tier hat keine, Gegenstände'; es lebt in seine Umwelt ekstatisch hinein, die es gleichsam wie eine Schnecke ihr Haus als Struktur überall hinträgt, wohin es geht– es vermag diese Umwelt nicht zum Gegenstand zu machen. Die eigenartige Fernstellung, diese Distanzierung der, Umwelt'zur, Welt'(bzw. zu einem Symbol der Welt), deren der Mensch fähig ist, vermag das Tier nicht zu vollziehen, nicht die Umwandlung der affekt- und triebumgrenzten, Widerstands'zentren zu, Gegenständen'. Gegenstand-sein ist also die formale Kategorie der logischen Seite des Geistes“ (Scheler, M., *op. cit.*, 40-41).

es un tanto restringido en la medida en que se trata de un mero tomar nota del ser así de las cosas por parte del ser humano cuando en realidad existe una apertura a los valores. No se trata simplemente de la capacidad contemplativa de captar el ser así de las cosas, sino también del tomar postura ante este ser así, exclusivamente por él mismo y con libertad frente a los impulsos instintivos del sujeto que toma postura. Tomar postura frente al ser así de algo significa afirmarlo o negarlo o, dicho de otra forma, en descubrir en él un valor (*Wert*) o un desvalor (*Unwert*). Este “descubrimiento” corresponde a un tipo especial de fenómeno estimativo que sin dejar de ser una percepción –y, por tanto, una vivencia intencional– tiene un carácter sentimental y que Scheler denominó *fühlen* (percepción sentimental). De este modo, asistimos a una ampliación de la razón en la medida en que esta incluye un lado estimativo<sup>21</sup>.

Reiner cree ver los antecedentes de esta teoría de la percepción sentimental de valores en la Antigüedad, más en concreto, en Platón, el cual concebiría la ira como un sentimiento –aunque no desconectado de la razón en cuanto en ella subyace la convicción de que ha tenido lugar una lesión del orden legal objetivo– que “reacciona” ante una situación injusta. El papel que, en la interpretación de Reiner,

---

<sup>21</sup> “Hiernach besteht das Wesen des Geistes oder der Vernunft, die den Menschen vor dem Tier auszeichnete, in seiner Weltoffenheit, das heißt in seiner Fähigkeit, Seinstatbestände unabhängig von Triebzielen rein objektiv in ihrem Sosein hinzunehmen. Diese von Scheler auch als, Sachlichkeit’ gegenzeichnete Fähigkeit vier aber hier von Scheler in zu enger Fassung beschrieben, indem er sie nur als ein kenntnisnehmendes Hinnehmen und Insichaufnehmen von Soseinstatbeständen durch den Menschen erläutert. Es gibt aber auch eine Sachlichkeit gegenüber Werten, die namentlich in der Stellung des Menschen zu den schon von Scheler selbst früher herausgestellten, absoluten’ Werten in Erscheinung tritt, indem die Wirklichkeit solcher Werte rein um ihrer selbst willen als erfreulich bejaht bzw. gewünscht wird. Allgemeiner gesehen erstreckt sich diese Sachlichkeit auf die Bejahung der Wirklichkeit objektiv bedeutsamer Werte überhaupt. Da aber nun diese wie alle Werte im Gefühl zur Gegebenheit kommen, so erstreckt sich damit die Vernunft auch auf die Gefühle selbst; das heißt, es muss unterschieden werden zwischen triebbedingten Gefühlen und solchen, die in der rein sachlichen Hochschätzung der objektiv bedeutsamen Werte als solcher lebendig sind. Die letzteren sind Gefühle besonderer Art und sind als der Vernunft zugehörig anzusprechen.” (Reiner, H., *Die philosophische Ethik. Ihre Fragen und Lehren in Geschichte und in Gegenwart*, Quelle & Meyer, Heildeberg, 1964, pp. 139-140).

ejerce la facultad irascible del alma en Platón, indicaría que la ira constituye “la forma originariamente más frecuente y llamativa de la conciencia del Derecho”<sup>22</sup>. Que nos indignemos ante ciertos actos muestra la existencia de desvalores objetivos en estos.

La segunda pregunta fundamental –estrechamente relacionada con la anterior– es la referida al modo en el que esta conciencia del Derecho adquiere contenidos concretos o, lo que es lo mismo, según Reiner, cómo y con qué justificación llegamos a tener esto por justo y aquello por injusto. Para tal determinación del contenido del Derecho se ha apelado frecuentemente a uno de los elementos pre-positivos que mencionaba al inicio de mi intervención, a saber, la noción de justicia explicando, por ejemplo, que el Derecho es lo que corresponde a la justicia. Por consiguiente, se impone como primera tarea la necesidad de esclarecer en qué consiste esta. Reiner distingue dos sentidos de la misma. El primero de ellos es el de la justicia como igualdad de trato (*Gleichbehandlungsgerechtigkeit*). Contra esta justicia atenta –siguiendo un ejemplo que Reiner pone y que los padres de familia conocemos bien– la entrega de un trozo mayor de tarta a un hijo que a otro. Hacerlo sería no-justo (*ungerecht*)<sup>23</sup>. El segundo sentido de justicia es la justicia de no-lesión (*Gerechtigkeit der Nichtverletzung*). Contra esta atenta una acción que castigue a los justos igual que a los pecadores o que agreda a alguien, como decimos en castellano, “sin ton ni son”. Se trataría de una acción injusta (*unrecht*). Esta distinción es importante, según Reiner, para la teoría del Derecho Natural puesto que todo ser humano, piensa, tiene un derecho incondicionado a la justicia de no lesión, pero no a la justicia en el sentido de la igualdad de trato. Dicho de otra forma, el deber de la justicia de no-lesión tiene un carácter mucho más estricto que el de la justicia de igualdad de trato. Sin embargo, piensa Reiner, en el Derecho positivo esta distinción

---

<sup>22</sup> “Die besondere Stellung dieser Gefühle hat bereits Platon erkannt, als er ihr Kräftezentrum als das thymoeidés, den eiferartigen und zornmütigen Seelenteil, von dem der triebabhängigen Gefühle, dem epithymetikón, unterschied.” (Reiner, H., *Die philosophische Ethik. Ihre Fragen und Lehren in Geschichte und in Gegenwart*, p. 140).

<sup>23</sup> Agradezco a mi colega Pablo Sánchez-Ostiz sus sugerencias acerca de la no fácil traducción al castellano de estos términos.

quedaría más desdibujada, aunque los distintos ámbitos de este se refieren a los dos sentidos distinguidos. Mientras que el Derecho Penal tiene como objeto la justicia de no-lesión, el Derecho Civil, el Mercantil, el Laboral, etc., se orientarían más bien a la justicia de igualdad de trato.

Siguiendo con su distinción entre las dos formas de justicia, Reiner lleva a cabo una crítica de la definición de esta como dar a cada uno lo suyo. En este sentido, señala cómo muchos han considerado que esta es una definición demasiado formal puesto que no establece qué es lo “suyo” de cada persona. Apoyándose en la distinción aristotélica entre los diversos tipos de justicia (distributiva, conmutativa y correctiva), Reiner señala que hay bienes que uno tiene “por naturaleza”: vida, integridad y, sobre todo, *el propio cuerpo*. Este tener un cuerpo pertenece a la naturaleza del hombre. En palabras suyas, “en la medida en que constatamos que todo hombre tiene un cuerpo como el suyo, estamos ya en condiciones de obtener un contenido fundamental de un Derecho Natural”<sup>24</sup>. Por consiguiente, lo que corresponde es establecer en qué consiste este ser-mío de mi cuerpo cuando decimos que me pertenece. Por otro lado, esta pertenencia de mi cuerpo es especialmente importante puesto que ella constituye, siempre según Reiner, la forma originaria del tener algo como mío. En esta pertenencia de mi cuerpo a mí mismo se fundan, a su vez, derechos fundamentales como el derecho a la propia vida, el derecho a disponer libremente de mi propio cuerpo, el derecho a la incolumidad de este, etc. Recíprocamente, tampoco los otros tienen el derecho a disponer de mi cuerpo ni yo del de ellos. Estos derechos fundamentales no se fundan en la justicia correctiva, sino que son presupuestos en ella.

Todo esto pondría de manifiesto, según Reiner, una nueva forma fundamental de justicia y de derecho, a saber, el derecho a la propiedad originaria de la persona. “Este derecho consiste en la pretensión de todo hombre de disponer solo él sobre aquello que tiene como propio originariamente por naturaleza y que no se le pueda privar de esto, salvo en casos especialmente fundados”. Este derecho originario es

---

<sup>24</sup> Reiner, H., “Die Goldene Regel und das Naturrecht: Zugleich Antwort auf die Frage: Gibt es ein Naturrecht?”, p. 244.

anterior a la exigencia planteada por la justicia de igualdad de trato. Por eso, cuando se lesiona este derecho no se habla de no-justicia (*Ungerechtigkeit*) sino de injusticia (*Unrecht*). Como ha señalado Würtenberger, en este derecho a la incolumidad del propio cuerpo, por tanto, en el derecho a la posesión originaria de la persona ve Reiner un principio ordenador de la convivencia que pertenece al Derecho Natural y del cual se puede derivar el siguiente precepto: *solo cada uno tiene derecho a disponer sobre su cuerpo propio; ningún otro debe intervenir en esta su esfera de derecho, a no ser para protegerse de un ataque al correspondiente derecho propio*<sup>25</sup> o en palabras del propio Reiner: “quien ataca o daña a otro hombre en su cuerpo y en su vida o le priva con violencia de su libertad, sin que esto suceda con el fin de salvaguardar el mismo bien u otro de al menos el mismo rango de otra persona, obra injustamente y se hace merecedor de una pena”<sup>26</sup>.

Reiner deriva otros contenidos del Derecho Natural en la medida en que amplía el concepto de posesión originaria. A esta pertenecen no solo el cuerpo y la vida propios, sino también el derecho al buen nombre o buena fama, el derecho a la propiedad, el derecho a un salario justo, el derecho de autor, el derecho a que se cumplan los contratos. Los fundamentos de estos derechos son considerados en el capítulo final de *Grundlagen, Grundsätze und Einzelnormen des Naturrechts*.

Podemos resumir los principales resultados del esbozo de nueva teoría del Derecho Natural presentado por Reiner en 5 puntos:

1) El Derecho Natural no es algo en cuya existencia se pueda creer o no, sino algo que se puede conocer con evidencia.

---

<sup>25</sup> Würtenberger, T., “Ethik und Naturrechtslehre. Hans Reiner zum 70. Geburtstag” en *JuristenZeitung*, 22, Jahrg., Nr. 1 (6 Januar., 1967), p. 23; “Ein Recht, über Leib und Leben eines Menschen zu verfügen, steht grundsätzlich nur diesem selbst zu; Ausnahmen hiervon sind statthaft gegenüber eben dieses Recht Missachtenden zu seiner Verteidigung oder wo die Wahrung eines andern mindestens gleich hohen Rechtsguts irgendjemandes dies notwendig macht”. (Reiner, H., *Die Goldene Regel und das Naturrecht*, p. 250).

<sup>26</sup> Reiner, H., *Grundlagen, Grundsätze und Einzelnormen des Naturrechts*, p. 40.

2) El punto de partida de la teoría del Derecho Natural debe ser el esclarecimiento de la diferencia entre justo e injusto. Para ello necesitamos una teoría “ampliada” de la razón que tenga en cuenta también la dimensión estimativa de la misma.

3) En el Derecho Natural no solo se trata de mostrar la verdad de ciertos principios universales, sino también de probar la aplicabilidad de éstos mediante proposiciones o preceptos particulares. En este sentido, un objetivo central es la elaboración de una sistemática del Derecho Natural.

4) Algunos principios y proposiciones del Derecho Natural, como, por ejemplo, el derecho a la integridad física y a la libertad de movimiento del cuerpo, residen en la naturaleza humana en cuanto todo ser humano está dotado de cuerpo y de razón.

En otras proposiciones del Derecho Natural, como el derecho a la propiedad, además de lo señalado, la constitución de nuestro mundo circundante en su relación con nuestras necesidades corporales desempeña un papel importante.

5) Otras proposiciones como la obligación de cumplir los contratos se basan exclusivamente en la naturaleza racional del ser humano.

Ciertamente, la elaboración de una teoría propiamente tal del Derecho Natural no se encontraba en el centro de las preocupaciones filosóficas de Hans Reiner. De hecho, como confiesa al inicio de su librito *Grundlagen, Grundsätze und Einzelnormen des Naturrechts* su intención es, más bien, ofrecer un esbozo de una teoría tal y, sobre todo, responder a la objeción acerca del supuesto carácter generalísimo de los principios del Derecho Natural, mostrando que es posible derivar normas particulares aplicables a, digámoslo así, la vida práctica cotidiana. Teniendo en cuenta este aspecto y los límites de mi ponencia quisiera, por un lado, referirme brevemente al aspecto que, a mi juicio, es más criticable de este esbozo y, por otro, a una pregunta que puede suscitarse.

El elemento crítico tiene que ver con la consideración de la relación del ser humano con su cuerpo como una relación de propiedad. Ciertamente, este tiene derecho a no ser dañado en su integridad física y a disponer libremente de su cuer-

po siempre que el ejercicio de este derecho no suponga un conflicto con el ejercicio recíproco del mismo derecho por parte de otro ser humano. Sin embargo, la relación del ser humano con el cuerpo no parece ser la de la propiedad. Yo no tengo mi cuerpo, sino que soy mi cuerpo. El ser humano no tiene cuerpo y razón, sino que es corpóreo y racional. La corporeidad más que una posesión es una dimensión en la que se expresa la humanidad del ser humano. Precisamente, la fenomenología contemporánea ha desarrollado con amplitud este aspecto en el cual no puedo detenerme aquí. Quisiera tan solo mencionar que hablar del cuerpo como una cosa que se posee significa pasar por alto una característica central que le diferencia del resto de las cosas y a la que se refirió Husserl: “yo tengo todas las cosas frente a mí, todas están ‘allí’” –con excepción de una única– precisamente el cuerpo, que siempre está ‘aquí’<sup>27</sup>. Esto significa que el cuerpo propio es experimentado en un doble modo: como una cosa experimentada y como un cuerpo que experimenta, como cuerpo vivido y como cuerpo que vive<sup>28</sup>, lo cual evidentemente no sucede con una cosa que se posee.

La pregunta que pudiera eventualmente plantearse es la siguiente: ¿en qué consiste propiamente lo “fenomenológico” de la aportación de Hans Reiner a la teoría del Derecho Natural? Creo que la respuesta a esta pregunta hay que buscarla en su trabajo *Zur Bedeutung der phänomenologischen Methode in Ethik und Rechtsphilosophie*. En este ensayo y tomando como ejemplo lo que sucede en el caso de las obligaciones y pretensiones, Reiner considera que frente a aquellas teorías “metafísicas” que fundan el Derecho y la Moralidad en el presupuesto religioso- metafísico de la fe en Dios y en los mandamientos dados por él o en la metafísica de una “estructura onto-

---

<sup>27</sup> Husserl, E., *Ideen zu einer reinen Phänomenologie und phänomenologischen Philosophie*. Zweites Buch, Phänomenologische Untersuchungen zur Konstitution, Hrsg. von Marly Biemel, Nachdruck, 1991, Hua IV, p. 159.

<sup>28</sup> “Es ist hier zu beachten, dass bei aller dinglichen Erfahrung der Leib miterfahren ist als fungierender Leib (also nicht als bloßes Ding) und dass er, wo er selbst als Ding erfahren ist, eben doppelt und in eins als erfahrenes Ding und als fungierender Leib erfahren ist”. Husserl, E., *Zur Phänomenologie der Intersubjektivität*, Texte aus dem Nachlass, Zweiter Teil 1921-1928, Hrsg. I. Kern, Husserliana (Hua) XIV, Martinus Nijhoff, 1973, p. 57.

lógica” o “esencia” del ser humano y frente a las teorías “anti- metafísicas”, existiría una “tercera vía”, a saber, la representada por el método fenomenológico. En otro trabajo he intentado fundamentar mis reservas acerca de que esto sea así<sup>29</sup>. Hablar de “tercera vía” supone una cierta conmensurabilidad justamente entre las tres vías cuando en realidad el método fenomenológico me parece ser, más bien, una forma de análisis de alguna de las cuestiones que se plantean en la primera posición. Pero desarrollar este punto es una tarea diferente.

---

<sup>29</sup> Crespo, M., “Fenomenología y Filosofía del Derecho” *Pensamiento*, núm. 274, vol. 72/2016, pp. 1247-1261.





## **CAPÍTULO SEGUNDO**

Convención y normatividad:  
una visión escéptica

Verónica RODRÍGUEZ-BLANCO



# CAPÍTULO SEGUNDO

## Convención y normatividad: una visión escéptica<sup>30</sup>

---

Verónica RODRÍGUEZ-BLANCO<sup>31</sup>

### I. INTRODUCCIÓN

Podría decirse que Andrei Marmor elabora la versión más sofisticada de la noción de convención social, pues incorpora dos elementos normativos, los cuales son los siguientes: 1) la idea de que seguimos las reglas o convenciones sociales porque existe una razón primaria para ello y 2) la idea de que existen convenciones profundas que añaden fuerza normativa a las convenciones *strictu sensu*<sup>32</sup>. Andrei Marmor intenta demostrar que las convenciones profundas ocupan un espacio entre las convenciones superficiales y las reglas o normas no convencionales<sup>33</sup>. Al igual que las convenciones superficiales, las convenciones profundas poseen la propiedad de “convencionalidad” (CONV), la cual se caracteriza de la siguiente manera:

---

<sup>30</sup> Una versión de este artículo ha sido publicada en “Convención y normatividad: Una visión escéptica”, en *Convencionalismo y Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016). La versión en inglés fue publicada en *Metaphilosophy of Law*, Oxford, Hart-Bloomsbury Publishing, 2016). Mis agradecimientos a Andrés Botero, Ken Ehrenberg, Sandra Gomora-Juárez, Jasminka Hasanbegovic, Maciej Juzaszek, Andrej Kristan, Dimitrios Kyritsis, Dennis Patterson, Josefa Ruiz-Resa, Pablo Sánchez-Ostiz, Paolo Sandro, Helga Varden, Caridad Velarde y Pilar Zambrano, por sus comentarios y sugerencias.

<sup>31</sup> Universidad de Surrey, Reino Unido.

<sup>32</sup> En este escrito, vamos también a llamarlas “convenciones superficiales”.

<sup>33</sup> Andrei Marmor no da una caracterización positiva de lo no convencional. “Deep Conventions”, *Philosophy and Phenomenological Research*, 2007, pp. 586-610.

Una regla R posee “convencionalidad” (CONV) si y solo si: 1) existe un grupo o comunidad que sigue la regla; 2) existe una razón primaria o fundamental “A” por la cual los miembros de un grupo o comunidad siguen la regla en circunstancias C, o al menos los miembros del grupo creen que existe tal razón primaria “A” y 3) potencialmente existe una regla alternativa, tal que, si los miembros del grupo siguiesen tal regla alternativa, entonces la razón primaria “A” es una razón suficiente para los miembros de seguir la regla alternativa o potencial en lugar de la regla actual.

La tercera condición de CONV se refiere a la arbitrariedad que poseen las reglas convencionales<sup>34</sup>.

Como nos señala Marmor y Lewis, arbitrariedad no ha de confundirse con indiferencia. No es pues el caso que los miembros del grupo han de ser indiferentes ante la elección, bien sea de la regla actual o de la potencial. Para Marmor, la arbitrariedad es esencial para diferenciar las reglas convencionales de las no convencionales. Así, la regla es arbitraria si existe una regla alternativa que podríamos seguir sin una pérdida significativa del propósito o función. De conformidad con Marmor, las reglas morales no son arbitrarias, pues las mismas no admiten alternativas<sup>35</sup>. Si existe una regla moral que ordena “no matar”, entonces no existe ninguna regla alternativa que se siga por la razón primaria que fundamenta la regla actual. En otras palabras, la realización de la función o propósito de la regla no se cumple con la regla alternativa o potencial. De conformidad con Marmor, en contraste a las reglas morales, por ejemplo, las reglas de etiqueta admiten reglas alternativas para su realización y por lo tanto son arbitrarias. Pero este argumento no es correcto, o por lo menos, el ejemplo dado por Marmor conlleva a confusiones. Una prohibición moral como “no matar” no puede tener una regla alternativa, porque la regla mis-

---

<sup>34</sup> La condición de arbitrariedad está presente en la obra de Lewis, D., *Convention*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1969. La característica de arbitrariedad que introduce Marmor es formulada en su forma más plausible: dentro de la lógica del agente y no dentro de su psicología (Cfr. Burge, T., “On Knowledge and Convention”, *Philosophical Review*, 1975, pp. 249-255).

<sup>35</sup> Marmor, *op. cit.*, pp. 590-1.

ma no conduce a ninguna acción. La característica de arbitrariedad no pareciera ayudarnos a diferenciar entre reglas éticas o morales que impliquen prohibiciones y reglas convencionales, pues es absurdo e imposible imaginarse una regla alternativa a una prohibición. Pero la absurdidad emana de la estructura conceptual de la noción de prohibición, y no porque la característica de arbitrariedad es efectivamente demarcatoria entre reglas no convencionales y convencionales. La prohibición requiere que no actuemos, por lo tanto, lógicamente, no puede existir una alternativa a tal regla que igualmente satisfaga el propósito o función de la regla. Así, imaginemos que muchas de las reglas del ajedrez se enuncien como prohibiciones, por ejemplo: “prohibido mover el alfil de manera horizontal y vertical”. El propósito de esta regla es evitar que el alfil se comporte como la torre. Así, pensemos en una potencial regla alternativa como “prohibido que el alfil se mueva en saltos”. Esta potencial regla alternativa no cumple la misma función de la regla actual, la cual es impedir que el alfil se comporte como la torre. Claramente vemos que en este caso no existe una regla alternativa, pues se trata de una prohibición. Sin embargo, diríamos que esta regla del ajedrez es convencional.

Podría argumentarse que lo que distingue la regla convencional de las reglas no convencionales como las reglas morales y éticas es su aplicación *erga omnes*, es decir su universalidad. Sin embargo, como veremos en secciones posteriores, la propiedad de universalidad se aplica solo en el caso de las reglas morales, más específicamente prohibiciones, y no para el caso de las reglas éticas y otras reglas morales.

En la próxima sección demostraré que la característica de arbitrariedad no es la propiedad clave para la distinción entre reglas convencionales y no convencionales. Al finalizar este análisis, llego a la conclusión de que no hay caracterización correcta de una regla convencional que nos permita establecer una demarcación entre reglas convencionales y no convencionales. Asumo, pues, una posición escéptica frente a la posibilidad de tal caracterización.

## II. EL MODELO DE CONVENCIONES DE MARMOR O UN INTENTO FALLIDO DE DEMARCACIÓN

Marmor apunta que las convenciones profundas (CONV-PRO) se diferencian de las convenciones superficiales por tener seis características adicionales, las cuales pueden resumirse de la siguiente manera:

CONV-PRO: 1) implican un “saber cómo” en lugar de una creencia o un conjunto de creencias. 2) requieren de las convenciones superficiales para su realización. 3) determinan la práctica de las convenciones superficiales. 4) son respuestas a necesidades psicológicas y sociales. 5) no son fácilmente susceptibles al cambio. 6) resisten la codificación.

El problema que emerge de esta caracterización es que las reglas éticas y en algunas ocasiones las reglas morales igualmente satisfacen CONV-PRO. Pero Marmor nos asegura que ni las reglas morales, ni las reglas éticas, son convenciones, no son profundas y tampoco superficiales. En contraposición a la postura de Marmor, sostenemos que las reglas éticas pueden presentar todas las características centrales de CONV-PRO. Así, por ejemplo, la regla ética de ser respetuoso con los amigos requiere de un “saber-cómo”, es decir, no es suficiente *creer* que al no hablar mal de un amigo se es respetuoso de su persona, se requiere *una acción* que implique hablar del amigo en las ocasiones apropiadas y con la gente apropiada. Dicha acción se ejecuta con cierta sabiduría y conocimiento específico de las circunstancias del caso, lo que requiere un “saber-cómo”. De la misma manera, el ser respetuoso con los amigos requiere una práctica que se actualiza a través de convenciones superficiales; por ejemplo, guardar silencio frente a situaciones que causen vergüenza a los amigos. También podemos decir que la regla ética de ser respetuoso con los amigos determina la práctica de la regla o convención superficial de mantener silencio frente a situaciones vergonzosas. Igualmente, la regla ética de ser respetuoso con los amigos es una respuesta a necesidades sociales y psicológicas, *v. gr.*, el establecimiento de vínculos duraderos con otros seres humanos. Finalmente, podríamos aseverar que tal regla ética no es fácilmente susceptible al cambio y la codificación.

Pensemos también en la regla moral de tratar con dignidad a los otros seres humanos. Tal regla, no es una creencia, sino implica un saber cómo, *v. gr.*, no discriminar a los otros con base a diferencias de raza, religión o sexo. Tal acto de no discriminación requiere una apreciación especial de las circunstancias del caso, y tratar a los otros con consideración, gentileza y humanidad. Tales acciones requieren un conocimiento del “saber cómo” ser considerado, gentil y humano. También podríamos decir que la regla moral de otorgar dignidad a los otros, requiere en muchas ocasiones su realización a través de convenciones superficiales, *v. gr.*, tratar con cortesía a todos por igual y mantener cierta etiqueta de comportamiento y civismo. Igualmente, tal regla determina el contenido de las convenciones superficiales. De la misma manera, podríamos decir que la regla de otorgar dignidad a los otros es una respuesta social o psicológica, *v. gr.*, véanse por ejemplo todas las teorías evolucionistas sobre la moral, que tratan de explicar la moral como una expresión o respuesta a nuestras necesidades sociales y psicológicas. Finalmente podemos decir que la regla de darles dignidad a los otros no es susceptible de cambio, ni codificación.

Si mi argumento anterior que llamaré “no-diferenciación” entre convenciones profundas y reglas morales y éticas es correcto, ¿cómo entonces podemos establecer una diferencia entre convenciones profundas y reglas morales y éticas? ¿Cómo podríamos dibujar ese espacio de convenciones profundas que Marmor se muestra deseoso de forjar? La característica crucial es la “arbitrariedad”. Como señalamos anteriormente, una regla es arbitraria si existe una regla alternativa que igualmente cumple la función o propósito de la regla actual y la razón “A”, por la cual los miembros del grupo siguen la regla actual, se aplica también a la regla potencial.

¿Es que acaso la característica de arbitrariedad (ARBIT) hace posible la diferenciación entre convenciones profundas y reglas éticas o morales? ¿Podríamos entonces con ARBIT socavar el argumento de “no-diferenciación”? El problema que surge es que pareciera que ARBIT es una característica esencial tanto para

convenciones superficiales como para convenciones profundas<sup>36</sup>. Al fin y al cabo, las convenciones profundas son también convenciones, por lo tanto, deben cumplir las características de convencionalidad, o al menos una de las características de convencionalidad<sup>37</sup>. Al ser convenciones profundas, puede que el seguirlas no sea evidente su seguimiento, sino a través de las convenciones superficiales, como ya discutiremos en la sección siguiente. Sin embargo, por lo menos la condición de ARBIT debe cumplirse, pues de lo contrario, sería abusivo e inexacto llamarlas “convenciones”. Por lo tanto, podemos concluir que ARBIT no nos ayuda a diferenciar entre convenciones profundas y superficiales, solo nos ayudaría a diferenciar entre convenciones en general y reglas morales y éticas. No obstante, argumentamos que ni siquiera esto se satisface. ARBIT está igualmente presente en las reglas éticas y morales. Por lo tanto, ARBIT fracasa en socavar el argumento de “no-diferenciación”. Pensemos en el siguiente ejemplo de la esfera moral: “AMISTAD: Amanda descubre que el novio de su mejor amiga Sofía le ha sido infiel en numerosas ocasiones. Sofía desconoce completamente las infidelidades de su novio. Amanda sabe muy bien cómo Sofía ha sacrificado su carrera, amigos y familia para estar con su novio. Sofía le cuenta que su novio le ha pedido casarse y que además desean tener muchos hijos inmediatamente. Amanda siempre desea seguir la regla ética de ‘ser respetuosa con sus amistades’”.

Pero, ¿cómo hemos de entender esta regla ética? No es como las reglas de ajedrez que son claras y concretas, es una regla abstracta que requiere de dos o múltiples acciones.

---

<sup>36</sup> Marmor, *op. cit.*, p. 587.

<sup>37</sup> Marmor define “convencionalidad” de la siguiente manera: “A Rule, R, is conventional, if and only if the following conditions obtains: 1. There is a group of people, a community, P, that normally follow R, in circumstances C. 2. There is a main, or primary, reason (or a combination of reasons), call it A, for members of P to follow R in circumstances C or members of P widely believe that there is such as reason. 3. There is at least one other potential rule, S, that if members of P has actually followed in circumstances C, then A would have been sufficient reason for members of P to follow S instead of R in circumstances C. The rules R and S are such that it is impossible to comply with both of them concomitantly in circumstances C.” Marmor, A., *Ibidem*, p. 587.

En AMISTAD, Amanda debe elegir entre mantenerse callada con respecto a las infidelidades del novio de Sofía o tener el coraje suficiente para decirle la verdad. La función de la regla de ser respetuosa con Amanda es cultivar un vínculo profundo de amistad donde haya honestidad, dignidad, respeto mutuo, preocupación por los otros y sus intereses, dentro de un cierto espacio personal de libertad y privacidad. El propósito de la regla puede cumplirse con ambas acciones, bien sea que Amanda reúna el coraje para hablar con Sofía, o bien sea que decida mantener silencio con respecto a las infidelidades del novio de Sofía. Como bien lo señalan Lewis<sup>38</sup> y Marmor, ARBIT no requiere “indiferencia”, solo requiere que haya una acción alternativa o potencial cuya razón se aplica a la acción actual u originaria. Surgen pues varias objeciones a mi propuesta:

1) Primeramente, se podría objetar que un subterfugio argumentativo se ha introducido. En mi argumento, al establecer posibles acciones que eventualmente Amanda podría elegir, no hablamos de una única regla, sino de dos o más acciones. Marmor diría, en AMISTAD, la regla es una sola: “tratar con respeto a los amigos”. No hay ninguna regla alternativa en realidad, como por ejemplo, “tratar con desdén a los amigos”. Se trata siempre de una única regla. Marmor argumentaría que esto es lo que diferencia la convención de las reglas éticas. Por lo tanto, diría Marmor, ARBIT *no se cumple* para AMISTAD y por lo tanto ARBIT nos permite distinguir entre reglas convencionales y no convencionales, como las reglas morales y éticas. Nuestro contra-argumento es que es muy difícil imaginarse un nivel de concreción tal que las reglas éticas y morales se asemejen a las reglas de ajedrez u otro juego. Para Marmor, la regla de que el alfil ha de moverse diagonalmente cumple ARBIT porque podría haber una regla alternativa tal que el alfil se mueva verticalmente. La razón primaria para seguir la regla o propósito de la regla, esta es, “entretenerse en el juego” no varía, pero el nivel de concreción de las reglas del juego hace que ARBIT se cumpla, pero *trivialmente*. En el caso de las reglas éticas, podemos también crear ese nivel de concreción de *manera artificial*. Pero, si construimos tal nivel de concre-

---

<sup>38</sup> Lewis, D. *Ibidem*.

ción para AMISTAD, ARBIT se cumple *trivialmente*, como en el caso del juego de ajedrez. Supongamos que en AMISTAD, Amanda también tiene la regla de “decirle a Sofía todo lo que piensa por teléfono”. La razón primaria o función es preservar la honestidad en la relación. Frente a esta regla puede existir una regla alternativa como “decirle a Sofía todo lo que piensa por *e-mail* o carta”. ARBIT se cumple en ambas reglas, la actual o la potencial, porque el nivel de concreción es muy grande. Sin embargo, ARBIT se satisface, pero *trivialmente*. Se podría entonces concluir, que es el nivel de concreción, y no una diferencia sustantiva e intrínseca entre reglas o normas convencionales y no convencionales, lo que determina la satisfacción de la característica ARBIT.

La segunda posible objeción es un corolario de algunos de los argumentos aquí esgrimidos.

2) La moral no es una cuestión de reglas, pero de principios, los mismos requieren interpretación. AMISTAD se centra en la posibilidad de que ARBIT distinga entre reglas convencionales y no convencionales, pero la moral no es un conjunto de reglas.

Pero esta objeción no hace sino añadir “más harina a nuestro costal”. La equivocación de Marmor consiste en reducir *la conducta* moral o ética a *reglas* morales o éticas, las cuales para Marmor son reglas no convencionales y luego en un segundo paso argumentativo, compararlas a reglas de juegos o lenguaje, las cuales son convencionales. Esto es absurdo, pues es comparar lo incomparable. No es, pues, un problema de reglas sino de principios que admiten interpretación, por lo tanto, no hay una aplicación clara de la regla en el ámbito moral, porque la moral no está constituida por un conjunto de reglas, sino por un conjunto de principios. Podría decirse que los principios requieren interpretación y que hay interpretaciones que nos acercan a lo que la conducta moral o ética específica del caso requiere.

Pero Marmor no se contenta con las reglas de juegos, también nos dice que los géneros del arte son convencionales. Así, discute como convencional la representación pictórica en la tradición cristiana de la Edad Media hasta el siglo XVI. Una

de las convenciones de la época es que el arte ha de glorificar las acciones de Dios y el conocimiento de las historias bíblicas. En contraste a esto, nos dice Marmor, encontramos en el arte islámico una convención completamente diferente, el arte ha de ser no-representativo y ornamental. Sin embargo, la función es similar, en el arte islámico la función es glorificar a Dios y relatar historias del Corán<sup>39</sup>. Ambas tradiciones siguen reglas diferentes con una razón primaria o propósito y es por ello que ARBIT se cumple.

Imaginemos un segundo ejemplo, en esta oportunidad en el ámbito de la ética: DIGNIDAD: En los ambientes académicos actuales se celebran las graduaciones con toga y birrete. Los familiares y amigos asisten a un acto donde hay entrega de diplomas y otros premios que los graduandos han obtenido. El propósito es celebratorio y busca darle dignidad a la persona que ha perseguido, después de muchos años, sus metas académicas. Alternativamente, para los Masai, los jóvenes que entran a la edad adulta deben salir a cazar y demostrar que poseen valentía suficiente. Al final, hay un ritual celebratorio que busca darle dignidad al guerrero, que ha perseguido su meta con tenacidad y éxito. Ambas son convenciones distintas que manifiestan un fenómeno único: darle dignidad a la persona por la búsqueda de metas y logros.

ARBIT se cumple igualmente en DIGNIDAD.

En resumen, hemos argumentado que la distinción entre convenciones profundas y convenciones *stricto sensu* no es clara. Además, las reglas morales y éticas cumplen las condiciones necesarias para la existencia de convenciones profundas (CONV-PRO). No parece, pues, haber un espacio conceptual claro para las convenciones profundas. Además, tratamos de demostrar que la condición de arbitrariedad (ARBIT) no logra hacer efectiva la distinción entre convenciones en general, incluyendo las convenciones profundas y las reglas éticas y morales.

---

<sup>39</sup> Marmor, *op. cit.*, 596.

### III. UN DIAGNÓSTICO ALTERNATIVO

¿Existe acaso alguna manera de salvar la distinción entre reglas convencionales y no convencionales?

Marmor ha ignorado lo que intuitivamente sería la propiedad central de las convenciones, la cual implica la idea de razón convencional (RAZCON). La misma establece que los miembros de una comunidad siguen la regla convencional porque los otros miembros de la comunidad siguen la regla<sup>40</sup>. RAZCON claramente contradice condición 2) en CONV-PRO, pues la razón primaria por la que los miembros siguen la regla, es el hecho de que los otros siguen la regla. No existe pues una razón *primaria* independiente del hecho de que los otros están efectivamente siguiendo la regla.

Pareciera pues, que RAZCON es la propiedad que nos permite distinguir reglas convencionales y reglas morales y éticas. Si RAZCON es exitosa como propiedad demarcatoria, entonces la condición 2) en CONV-PRO no se satisface y, por lo tanto, la fuerza normativa de las convenciones se ve aminorada<sup>41</sup>.

Además, una nueva dificultad surge: RAZCON no se aplica a los ejemplos dados por Marmor. Pensemos en el caso del ajedrez. Dos jugadores están jugando y el siguiente diálogo se plantea entre un tercero que observa el juego y uno de los jugadores:

–Observador: ¿por qué mueves el alfil de esa manera (de conformidad con las reglas de ajedrez)?

–Jugador: para bloquear al rey.

–Observador: ¿y por qué quieres bloquear al rey?

–Jugador: para darle “jaque mate”.

–Observador: ¿y por qué quieres darle “jaque mate” al rey?

–Jugador: para ganar el juego.

---

<sup>40</sup> Parfraseo de forma más intuitiva lo que Lewis llama “notoriedad (*salience*)”: *La convención que es más notoria es la que se sigue, puesto que es la que todos siguen.*

<sup>41</sup> No podemos entrar en una defensa detallada de este punto, pues tal defensa nos llevaría fuera del tema en discusión. Exploro este argumento en mi libro: *Law and authority under the guise of the good*, Oxford, Hart Publishing, 2014. Capitulars 1, 2 and 5.

–Observador: ¿Y por qué quieres ganar el juego?

–Jugador: para entretenerme.

Sería absurdo, pues, que el jugador dijera que él sigue las reglas de ajedrez, *v. gr.*, mover el alfil diagonalmente, para darle “jaque mate” al rey, porque simplemente los otros siguen las mismas reglas. El mismo Marmor admite que en el ejemplo del ajedrez, la razón primaria para el jugador es el entretenimiento.

Volvamos al ejemplo de las presuntas convenciones en el género artístico. El arte cristiano occidental de la Edad Media buscaba, en la representación pictórica religiosa, presentar la imagen de Dios y los relatos de la Biblia para que el creyente conociera el texto sagrado y lograra una cercanía con lo divino. En el arte ornamental del islam del mismo periodo, nos dice Marmor, encontramos la misma razón o fin, pero el arte islámico no escoge la representación pictórica, sino más bien la ornamentación abstracta. Nos dice Marmor, que la elección es arbitraria, pues la razón o función primaria del arte religioso se cumple a cabalidad en ambos casos. Pero si RAZCON ha de cumplirse, la razón primaria no puede ser conocer el texto sagrado y lograr una cercanía con lo divino. Ha de ser, más bien, que los miembros del grupo siguen la convención porque los otros la siguen. Así, si RAZCON se cumple para el caso de los diferentes géneros del arte, diríamos que El Greco pintó “La Crucifixión” y la razón *primaria* es “porque todos los demás artistas pintaban la crucifixión de Cristo”. No es, pues, porque esto permitiría a los creyentes, incluyendo el pintor mismo, sentir la pasión de Cristo, conocer a Dios y los sucesos ocurridos en Jerusalén. Imaginemos un diálogo con el Greco:

–Observador: ¿por qué pinta a Cristo crucificado?

–El Greco: para representar el sacrificio de Cristo.

–Observador: pero, ¿por qué quiere representar el sacrificio de Cristo?

–El Greco: porque todos los artistas lo hacen.

Pero la respuesta última es absurda e *ininteligible*: no arroja ninguna luz o entendimiento a la acción del Greco. Imaginemos que el diálogo continúa:

–Observador: ¿por qué quiere hacer lo que los demás hacen, en este caso, representar el sacrificio de Cristo?

–El Greco: porque es la mejor manera de conocer a Dios a través del sacrificio de su hijo.

–Observador: ¿y por qué quiere conocer a Dios?

Sería absurdo pensar que El Greco volvería a una argumentación del tipo RAZCON, es decir, “porque es lo que todos hacen”. Así, debe entrar una razón primaria o función que haga *inteligible* la acción del pintor.

Así podemos decir que RAZCON, la cual es la única propiedad en la que podemos basarnos para una distinción entre reglas convencionales y no convencionales, como las reglas morales o éticas, no se cumple en los ejemplos paradigmáticos de convencionalidad ofrecidos por Marmor, los cuales constituyen los mejores ejemplos de lo que entendemos como “convención”.

Podríamos concluir que hay algo sospechoso en la idea de convencionalidad misma o en la posibilidad de que existan convenciones como entidades autónomas *no reducibles* al contenido sustantivo de las reglas o a las razones que fundamentan las mismas. En un tono más modesto, ¿podríamos acaso decir que hay que buscar una caracterización más adecuada de la idea de convencionalidad? Permanezco escéptica ante tal posibilidad.

#### IV. LAS CONVENCIONES PROFUNDAS COMO REALIZACIÓN DE UNA NORMATIVIDAD SUBYACENTE

Marmor lidia con la objeción de que las convenciones profundas no son sino el marco normativo que da contenido a las reglas convencionales en sentido estricto. Es decir, la objeción apunta que las convenciones profundas son “*abstracciones de razones para seguir la convención*”<sup>42</sup>. Frente a esta objeción, Marmor responde con dos estrategias argumentativas distintas, las cuales son las siguientes:

---

<sup>42</sup> Marmor, *op. cit.*, p. 600 y p. 605.

1) *Las convenciones son reglas normativas y no creencias.* Pero esta afirmación conlleva a una confusión. La objeción señala precisamente que las convenciones profundas son razones abstractas y no creencias. Recordemos que el mismo Raz rechaza la idea de que razones para la acción son creencias, por el contrario razones para la acción son hechos normativos, o más bien el contenido de una creencia<sup>43</sup>.

2) *Si N es una norma, entonces conocer a N implica un “saber cómo”*<sup>44</sup>. Pero este tipo de respuesta nos lleva de nuevo a mi argumentación inicial (ver sección II) donde demuestro que la característica de que la norma o regla es un “saber cómo” no permite distinguir entre reglas convencionales y no-convencionales.

3) Las respuestas normativas que constituyen las convenciones profundas están sub-determinadas (*undeterminacy*) por los propósitos, funciones y necesidades psicológicas y sociales a partir de las cuales emanan. Pero esta respuesta nos lleva de nuevo a ARBIT, lo cual es reconocido por el mismo Marmor<sup>45</sup>. ¿Pero por qué la subdeterminación de una regla ha de generar ARBIT? Puede ser que la subdeterminación (*underdeterminacy*) implique más bien que no tenemos acceso epistémico a una única y correcta regla que determinaría con precisión la única y verdadera realización de nuestras funciones, propósitos y necesidades. También puede ser que existan muchas maneras de realizar los propósitos, funciones y necesidades humanas. Esto nos recordaría “las formas de vida” *Wittgensteinianas*<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> En este punto véanse: Raz, J., *Practical reason and norms*, Oxford, OUP, 1999; (first published in 1975) y Dancy, J., *Practical Reality*, Oxford, OUP, 2002). Para una exploración de este punto véase mi libro: *Law and Authority Under the Guise of the Good*, *Ibidem*.

<sup>44</sup> Marmor, *op. cit.*, pp. 601-3.

<sup>45</sup> Marmor señala: “*But now we are back to our original question: What makes such normative behavior conventional to begin with? Why are the norms constituting what counts as playing a game conventions at all if, as I claim, such norms are deep responses to deep aspects of our social world, or even human nature? The answer is basically this: the particular normative responses that constitute deep-conventions are undetermined by those needs, functions, purposes, etc., that give rise to them. Basically, such rules meet the conditions of conventionality because the norms that we follow have alternatives that we could have followed instead, achieving the same purposes or fulfilling the same functions, etc.*” *Ibidem*, p. 604.

<sup>46</sup> Wittgenstein, L., *Philosophical investigations*, Oxford, Blackwell, 2001. (Originally published in 1953).

que engranan el lenguaje, la moral, la estética y cualquier otra actividad humana. He demostrado, además, que toda empresa humana, bien sean reglas morales, éticas, de juego, de etiqueta, de lenguaje, de expresión artística envuelven un alto nivel imaginativo de concreción y realización en el mundo. Hay muchas maneras o rutas para la manifestación de lo ético, lo moral, lo estético, lo lúdico. Pero esta diversidad no convierte las diferentes y múltiples reglas en arbitrarias (ARBIT), convirtiendo todas estas formas humanas en “convencionales”. Pero entonces, como he explicado anteriormente, ARBIT es trivial y caracteriza toda empresa humana. No puede, por lo tanto, ser una característica demarcatoria entre lo convencional, incluyendo lo convencional profundo, y lo no convencional.

En conclusión, Marmor nos dice que las convenciones profundas no pueden ser las razones subyacentes a las reglas convencionales porque las convenciones profundas satisfacen ARBIT. De nuevo apela a un ejemplo de regla moral que implica una prohibición. Pero ya hemos demostrado anteriormente que actos de *prohibición* cumplen con ARBIT solo aparentemente, pues no es debido a la fuerza demarcatoria de esta característica, sino a la estructura de las reglas de *prohibición*, las cuales por lógica no poseen alternativas. Sin embargo, vimos que en AMISTAD y en DIGNIDAD, ARBIT se satisface. Por lo tanto, no podemos decir que ARBIT es lo que nos permite distinguir entre convenciones profundas y razones subyacentes, puesto que en AMISTAD y en DIGNIDAD son las razones subyacentes las que determinan la regla moral o ética, tanto potencial como actual. Entonces pareciera ser que al hablar de convenciones profundas estamos hablando de razones subyacentes.

## V. CONCLUSIONES

A partir de la publicación de la obra de Hume, *Enquiry Concerning Human Understanding*, la noción de convención se hizo presente en la filosofía occidental como idea clara e inteligible, pero cuya caracterización desde entonces ha sido elusiva. Filósofos contemporáneos como David Lewis y Andrei Marmor, entre muchos

otros, han intentado caracterizar la línea demarcatoria entre reglas o normas convencionales y no convencionales. Andrei Marmor extiende el proyecto demarcatorio más allá de la obra de Hume y Lewis, e intenta añadir elementos normativos. Sin embargo, he demostrado en este estudio que sus argumentaciones poseen flancos muy débiles que socavan cualquier empresa conciliatoria entre elementos convencionales y normativos. En un tono más ambicioso, esta crítica pretende de manera indirecta demostrar la imposibilidad de una caracterización precisa e inteligible que satisfaga nuestra concepción común de normas o reglas convencionales. Quizás nuestra concepción común de “convención” no debería seguir siendo tan común.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BURGE, T., "On knowledge and convention", *Philosophical Review*, 1975, pp. 249-255.
- DANCY, J., *Practical reality*, Oxford, OUP, 2002.
- HUME, D., *Enquiry concerning human understanding*, Cambridge, CUP, 2007.
- LEWIS, D., *Convention*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1969.
- MARMOR, A., "Deep conventions", *Philosophy and phenomenological research*, 2007, 586-610.
- RAZ, J., *Practical reason and norms*, Oxford, OUP, 1999.
- RODRIGUEZ-BLANCO, V., *Law and authority under the guise of the good*, Oxford, Hart Publishing, 2014.
- WIITGENSTEIN, L., *Philosophical investigations*, Oxford, Blackwell, 2001.



## CAPÍTULO TERCERO

Los desafíos cognitivos de la interpretación  
concreta. Entre la inteligibilidad del  
lenguaje y la inteligibilidad de la acción

Pilar ZAMBRANO



# CAPÍTULO TERCERO

Los desafíos cognitivos de la interpretación concreta. Entre la inteligibilidad del lenguaje y la inteligibilidad de la acción<sup>47</sup>

---

Pilar ZAMBRANO<sup>48</sup>

## I. PLANTEAMIENTO

Las diferencias obvias que explican la ya clásica bifurcación del pensamiento *ius-filosófico* en dos grandes tradiciones, positivismo e *iusnaturalismo*, descansan sobre algunas pocas, pero fundamentales coincidencias o puntos de acuerdo, que dan sentido a la continuidad del debate. Entre las coincidencias, está la aserción de que el Derecho se propone guiar u ordenar la conducta humana haciendo una diferencia en la deliberación práctica de los agentes; y juzgarla *a posteriori*, una vez que la acción tuvo lugar.

Este doble propósito de guiar *a priori*, y juzgar *a posteriori* la conducta humana, descansa sobre dos presupuestos lógicos. De una parte, que los enunciados normativos que designan los tipos de acciones imperadas por el Derecho poseen un núcleo duro de inteligibilidad no susceptible de ser reconstruido de forma indefinida en el proceso de interpretación. De otra parte, que la tarea propiamente judicial, consistente en individualizar la naturaleza jurídica de hechos pasados e imperar acciones de reparación, es el resultado de un juicio cognitivo y, en esa misma medida, también objetivo.

---

<sup>47</sup> Agradezco a los profesores Juan Bautista Etcheverry y Carlos Ignacio Massini sus valiosas observaciones y sugerencias.

<sup>48</sup> Profesora de Filosofía del Derecho, Universidad de Navarra.

En las páginas que siguen nos proponemos describir y discutir algunas de las condiciones de posibilidad de la objetividad de esta doble tarea judicial, de juzgar la tipología jurídica de acciones pasadas e imperar acciones de reparación. Se argumentará, en primer lugar, que la interpretación judicial asume o “arrastra” los desafíos cognitivos propios de la denominada “interpretación abstracta”. Se propondrá, seguidamente, que a los desafíos propios de la interpretación abstracta, la interpretación concreta que se realiza a nivel judicial añade desafíos cognitivos específicos y exclusivos, que no están presentes en la interpretación abstracta, y que emanan de su naturaleza “sintética”. Estos desafíos postulan la necesidad de conectar las teorías de la interpretación jurídica con alguna filosofía de la acción que sea coherente con su pretensión de objetividad.

## II. INTERPRETACIÓN ABSTRACTA E INTERPRETACIÓN CONCRETA COMO ACTIVIDADES COGNITIVAS CONSECUTIVAS

Un tópico relativamente generalizado y consensuado en la literatura *iusfilosófica* sobre la naturaleza de la interpretación jurídica, es la distinción entre la interpretación abstracta, típicamente realizada a nivel dogmático, y la interpretación concreta, típicamente realizada a nivel judicial<sup>49</sup>. Se advierte en este sentido que, si bien en ambos casos el intérprete se orienta como fin último a identificar la “conducta debida” por el Derecho, únicamente en el plano concreto se formula de modo definitivo la norma singular de acción (lo que Aquino denominaría juicio de imperio), como resultado de un proceso cognitivo que es al mismo tiempo sintético y deductivo<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> En el plano de la interpretación jurídica, la distinción entre el nivel abstracto y el nivel concreto de la interpretación, como dos actos lingüísticos y cognitivos diferenciables aunque conectados, es defendida de modo enfático por Guastini, R., *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*, trad. de Carbonell, M. y Salazar P., Madrid, Trotta, 2008, p. 29 y ss.; “Replica”, *Rivista di filosofia del Diritto. Journal of Legal Philosophy* II, pp. 125-126.

<sup>50</sup> Sobre la naturaleza racional del juicio de imperio, aunque intrínsecamente condicionada por la moción previa de la voluntad, Cfr. Aquino, T. de, *Suma Teológica*, I-II, q. 17. a.1. Sobre la naturaleza sintética del juicio de imperio, Cfr. Massini, C.I., *Objetividad jurídica e interpretación del Derecho*, México, Porrúa, 2008, p. 79.

Sobre la base de esta distinción, es pertinente indagar ¿cómo se identifica el tipo (siempre genérico) de acción designado por las normas positivas, y cómo se produce luego el paso, desde el tipo genérico de acción, hacia el imperio judicial de *un modo* de realizar (en inglés “*to instantiate*”) el tipo legal? ¿Conlleva este paso una diferencia cualitativa en el proceso de interpretación jurídica, o es acaso una diferencia gradual? ¿Son acaso dos momentos únicos de un mismo tipo de actividad cognitiva, o se trata, en cambio, de dos clases diferentes de conocimiento?

Un modo de abordar este interrogante es profundizar en la naturaleza del referente o *designatum* de una y otra clase de interpretación, haciendo uso de distinciones clásicas en filosofía del lenguaje. Desde esta perspectiva, la interpretación abstracta dirigida a identificar los tipos de acción imperados por el Derecho se distingue por la extensión de sus juicios. Mientras que la interpretación concreta formula juicios que son válidos para un caso singular, la interpretación abstracta formula juicios generales, que son predicables de un número indefinido de casos. Como todo juicio o predicación general, no es el resultado de aplicar conceptos a cosas, sino más bien el resultado de comparar conceptos entre sí, con el propósito de esclarecer el significado de unos a la luz de los otros<sup>51</sup>.

Ahora bien, ¿qué es exactamente lo que se afirma o juzga, cuando se afirma o juzga que un determinado tipo de acción es imperado por el Derecho? De forma explícita o implícita, se afirman en primer término las notas esenciales de toda acción jurídicamente relevante. Esto es, la naturaleza voluntaria de las acciones que justifican el imperio o mandato jurídico general de realizar un determinado tipo de acción. Se afirman, en otras palabras, los criterios para atribuir un fenómeno a un sujeto en calidad de “agente”. Así, quien juzga que el Derecho impera al comprador que pa-

---

<sup>51</sup> La distinción lingüística entre enunciados universales y enunciados concretos es apuntada por Searle, J.R., *Speech acts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969, pp. 26 y ss. Ver, asimismo, desde una tradición epistémica de base tomista, Millán Puelles, A., *Fundamentos de Filosofía*, Madrid, Rialp, 1981, p. 126. Sobre las consecuencias metodológicas de esta distinción en el plano de la interpretación jurídica, siguen plenamente vigentes las observaciones ya clásicas de Larenz, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, trad. de Rodríguez Molinero, M., Barcelona, Ariel, 1980, pp. 226-227.

gue al vendedor el precio del bien vendido y entregado, da por supuesto que tanto la conclusión del contrato de compraventa, como la recepción del bien por parte del comprador son actos voluntarios. No son meros fenómenos físico-biológicos, sino acciones propiamente dichas. Esto es, fenómenos físico-biológicos puestos en el mundo por un agente que actúa con intención, discernimiento y libertad.

En segundo lugar, se afirma o juzga la naturaleza de un tipo específico de acción jurídica, tal como “la compraventa es el contrato consistente en intercambiar bienes por dinero”. En tercer lugar, se juzga la calidad meritoria o demeritoria de los tipos de acción y más concretamente, su permisón, tolerancia o prohibición en el plano jurídico, tal como “la compraventa de autos usados está permitida en tales y cuales condiciones”. Por último, se juzgan las consecuencias jurídicas que se siguen de la realización de cada tipo, tal como “quien recibe el precio de la cosa vendida está obligado a entregar la cosa en el tiempo y en la forma convenida”<sup>52</sup>.

A diferencia de la interpretación abstracta, la interpretación concreta, típica aunque no únicamente desplegada a nivel judicial, formula enunciados referenciales definitivos, mediante los cuales se identifican instanciaciones concretas de los conceptos esclarecidos en la dimensión abstracta de la interpretación. Su propósito no es esclarecer el sentido de los conceptos jurídicos, sino determinar en qué medida los hechos singulares son instancias de los conceptos. No se pretende describir el concepto de acción voluntaria, los tipos de acciones, su valor legal y sus consecuencias, sino juzgar si los hechos concretos encajan con cada uno de estos cuatro tipos de conceptos.

Por lo mismo, la interpretación concreta se descompone en cuatro sub-juicios, que son correlativos a los cuatro sub-juicios realizados en el plano abstracto de la interpretación: a) el subjuicio de individuación en sentido estricto, mediante el cual se identifican los hechos del caso como una instancia de un tipo genérico de

---

<sup>52</sup> La identificación de cada uno de los sub-juicios de la interpretación abstracta y concreta está inspirada en la distinción que propone Sánchez-Ostiz entre la *imputatio facti* y la *imputatio iuris*, como sub-juicios diferenciables, pero co-implicados en el juicio de imputación penal: Sánchez-Ostiz, P., *Imputación y teoría del delito*, Buenos Aires, B de F, 2008, pp. 451 y ss.

acción jurídica: “Juan pagó a Pedro en cumplimiento de la obligación asumida en el contrato de compraventa”<sup>53</sup>. En segundo lugar, b) el subjuicio de atribución, mediante el cual los hechos se individualizan o identifican como acciones, por oposición a meros sucesos, y se atribuyen a un sujeto en calidad de agente: “Juan pagó y Pedro aceptó el pago con intención, discernimiento y libertad”. En tercer lugar, c) el subjuicio de mérito o demérito: “lo que Juan hizo está permitido y conlleva la consecuencia jurídica de obligar a Pedro a entregar la cosa vendida”. En cuarto y último término, d) el subjuicio de responsabilidad, mediante el cual se formula una norma de acción singular: “Pedro debe entregar la cosa vendida, en el plazo de un mes, en el domicilio constituido en el contrato, etc.”.

Como apunta Massini, la interpretación concreta (típicamente judicial) es el resultado de un razonamiento mixto, deductivo y sintético<sup>54</sup>. Aplicando esta aserción a los cuatro sub-juicios de la interpretación concreta, podría concluirse que el subjuicio de mérito o demérito es predominantemente deductivo, pues se limita a aplicar al caso concreto el juicio de mérito general realizado en el nivel abstracto de la interpretación. Los otros tres sub-juicios son en cambio predominantemente sintéticos, en el sentido de que “saltan”, por así decirlo, hacia la realidad singular, conectando el conocimiento conceptual provisto a nivel abstracto con la aprehensión de lo fáctico.

Tanto en la fase deductiva como en la sintética la interpretación concreta utiliza los conceptos y juicios esclarecidos en el nivel abstracto de la interpretación. Por ello, los desafíos cognitivos del nivel abstracto se proyectan sobre el nivel concreto. Sin embargo, a los desafíos cognitivos heredados desde el momento abstracto de la interpretación, la interpretación concreta añade desafíos cognitivos nuevos, que emanan de su dimensión sintética.

---

<sup>53</sup> Los desafíos cognitivos específicos del “juicio de individuación” de la acción fueron puestos de relieve en el ya clásico trabajo de Goldman, A., “The individuation of action”, *The Journal of Philosophy*, vol. 68, número 21, noviembre de 1971, pp. 761-774.

<sup>54</sup> Cfr. Massini, C.I., *op. cit.*, p. 78.

### III. LOS DESAFÍOS COGNITIVOS DE LA INTERPRETACIÓN ABSTRACTA: UNA SEMÁNTICA REALISTA Y UN HORIZONTE TELEOLÓGICO OBJETIVO

Si el Derecho pretende guiar la conducta haciendo alguna diferencia en el razonamiento práctico de sus agentes, entonces debería existir una conexión significativa o inteligible entre los juicios generales de la interpretación abstracta y las normas jurídicas. Conviene pues analizar con algún detenimiento la posibilidad de esta conexión entre juicios y las normas, partiendo de la base de que las normas son una forma especial de discurso o acto de habla, que como todo acto de habla y, más ampliamente, como toda acción humana, se torna inteligible a la luz de sus fines o propósitos.

En todo acto del habla o uso del lenguaje, dice Austin, se pueden distinguir tres intenciones: la intención fáctica de producir unos ruidos o grafismos; la intención locucionaria de conectar los ruidos o grafismos con un significado, esto es, la intención de nombrar algo; y la intención performativa de hacer algo con lo que decimos o nombramos. A estas tres intenciones básicas, algunos actos del habla añaden una cuarta intención, la intención perlocucionaria, consistente en producir algún efecto en el interlocutor a través de *aquello que* hacemos al decir algo<sup>55</sup>. Si se aplica esta estructura intencional a las normas jurídicas (que al fin y al cabo son actos del habla), se concluye que la conexión entre los juicios generales propios de la interpretación abstracta y las normas jurídicas depende de la fidelidad del intérprete a esos cuatro niveles de intención comunicativa. Esta fidelidad depende, a su vez, del nivel de transparencia del lenguaje normativo con relación a los cuatro niveles de intención semántica.

La intención locucionaria es la intención de hacer uso de las reglas semánticas y sintácticas de un idioma y, por así decirlo, someterse a ellas<sup>56</sup>. El que dice “buen día”, dice todo lo que la expresión “buen día” es capaz de significar y referir, de acuerdo con las reglas semánticas y sintácticas del idioma español. Por ello, el

<sup>55</sup> Cfr. Austin, L., *How to do things with words*, Oxford, Clarendon Press, 1962, pp. 100-101; Searle, J.R., *op. cit.*

<sup>56</sup> Cfr. Searle, J.R., *Ibidem*, p. 45.

objeto de la intención locucionaria, aquello que se quiere “decir” cuando se habla, se pone de manifiesto de modo exclusivo y excluyente a través de las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje.

Ahora bien, cuando usamos el lenguaje rara vez lo hacemos con la intención de referirnos al plexo total de significados que pueden extraerse de un enunciado, siguiendo las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje. Si así fuera, usaríamos siempre el lenguaje con la intención única de describir o mostrar lo que las cosas son. Pero describir o mostrar es una de las muchas cosas que podemos hacer con el lenguaje. Entre otras, saludar, ordenar o prescribir, prometer, amenazar, pedir perdón. Estas distintas posibilidades de uso del lenguaje conforman el objeto de la intención performativa. Si además de hacer alguna cosa que se hace con “palabras”, deseamos producir un cierto efecto que no es parte natural o esencial de nuestra “acción discursiva” o acto el habla, entonces tendríamos que añadir a nuestra acción la “intención perlocucionaria”.

A diferencia de la intención locucionaria, las intenciones performativa y perlocucionaria no se manifiestan solo ni principalmente en las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje, sino en la contextualización del acto del habla. Y contextualizar, en el caso de las prácticas sociales normativas, no es otra cosa que conectar un enunciado singular con los fines o propósitos de la práctica en su totalidad. Por ello, la interpretación sistemática-teleológica, mediante la cual se contextualiza a las normas en una práctica jurídica y se interpretan a la luz de los propósitos últimos de la práctica, no es una modalidad más de interpretación o algo así como una opción interpretativa. Es, en cambio, la forma necesaria de toda interpretación normativa<sup>57</sup>.

---

<sup>57</sup> La indefectible naturaleza teleológica-sistemática de toda interpretación jurídica ha sido lúcidamente puesta de manifiesto por Ronald Dworkin, entre otros trabajos, en *Law's empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, pp. 49-53, 62-72; “Reply”, *Arizona State Law Journal*, 29, 1997, pp. 447; “Darwin's new bulldog”, *Harvard Law Review*, 111, 1998, pp. 1731-1732; “In Praise of theory”, *Arizona State Law Journal*, 29, 1997, pp. 361; “The judges' new role. Should personal convictions count?”, *Journal of International Criminal Justice*, 4, 2003, pp. 9 y ss.; *Justice for hedgeghos*, Cambridge, Harvard University Press, 2011, pp. 130 y ss. Hemos analizado a profundidad este tópico en Zambrano, P., *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica*, México, UNAM, 2009, pp. 59 y ss.

Por supuesto, la determinación de cuáles son los fines o propósitos inmediatos de las normas, y los fines últimos de la práctica, no es independiente del sentido locucionario o estático de los textos jurídicos. De otra forma, el intérprete no estaría propiamente interpretando las normas de Derecho positivo, sino creando a partir de su propia convicción.

En esta línea argumentativa, la conexión de los juicios predicamentales generales propios del nivel abstracto de la interpretación con los textos jurídicos y con la práctica jurídica en su totalidad, depende al menos de dos condiciones. En primer término, de que el significado estático, que en otros sitios he denominado “*piso semántico de la interpretación*” posea una cierta inteligibilidad objetiva, independientemente de los pre-conceptos del intérprete. En segundo orden, de que los propósitos, fines o bienes últimos del sistema, a la luz de los cuales se determina el sentido discursivo de los textos, sean también, en alguna medida, intrínsecamente inteligibles.

En todo caso, una cosa queda clara: si la interpretación pretende en verdad ser *interpretación*, y no en cambio pura creación, entonces tanto el “*piso*” semántico provisto por el sentido estático de los textos, como el “*techo*” teleológico desde el cual el intérprete determina su sentido discursivo, deberían ofrecer alguna resistencia al intérprete.

#### IV. LOS DESAFÍOS COGNITIVOS PROPIOS DE LA INTERPRETACIÓN CONCRETA

La interpretación concreta es una continuación de la interpretación abstracta. Más precisamente, la interpretación concreta involucra o implica a la interpretación abstracta. Por lo mismo, si el marco semántico y el horizonte teleológico de comprensión no ofrecen resistencia a nivel abstracto, tampoco la ofrecerán en la faz deductiva ni en la faz sintética de la interpretación concreta.

El primer desafío de la interpretación concreta es, pues, heredar o recibir una interpretación abstracta que asuma una teoría semántica realista y un horizonte teleológico de comprensión objetivo. En este orden de ideas, haciendo referencia al

subjuicio de individuación de la acción que identifica la naturaleza normativa de los casos singulares, ha señalado con acierto Spaemann:

Una cosa debe quedar clara: si la tipologización, esto es, la descripción de la acción, es arbitraria, también lo es la operación de extraer acciones concretas del *continuum* de la praxis vital... Del rechazo de los universales se sigue el rechazo de la idea de entidades individuales identificables, según han mostrado concluyentemente P. Geatch, Wiggins, C. Rapp y otros... Los autores mencionados se referían a cosas individuales. Pero el argumento vale igualmente, en incluso todavía más, para las acciones... Y naturalmente, si las acciones no son unidades individuales identificables, tampoco son enjuiciables moralmente (ni jurídicamente, ni desde ningún otro punto de vista, agregamos nosotros)<sup>58</sup>.

La impecable lógica de Spaemann se resume en lo siguiente: sin una teoría semántica referencial como presupuesto, el paso desde el texto jurídico a los juicios generales en la interpretación abstracta, y de los juicios generales a los juicios sintéticos de la interpretación concreta, no puede constituir otra cosa sino un salto al vacío.

Cuando la interpretación concreta hace uso de conceptos que se conciben como pura construcción social, la discrecionalidad de la interpretación concreta (y, particularmente, de la interpretación judicial) constituye un corolario ineludible, en otras palabras, de un escepticismo previo –no ya moral– sino conceptual o semántico. La razón es simple: si la formulación del concepto de agencia y de los tipos de acción son creaciones convencionales puras, de principio a fin, entonces no existe criterio alguno para distinguir en los casos singulares las notas o señales que los constituyen en instancias de tales conceptos.

---

<sup>58</sup> Spaemann, R., *Grenzen. Zur Ethischen dimension des Handelns*, Klett-Cotta, 2001, p. 52. La traducción corresponde a la versión castellana: *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, trad. de Retenega Fernández, J., y J., Mardomingo Sierra, Madrid, Ediciones Internacionales Universitarias, 2003, p. 54.

Esta misma idea subyace en la objeción de Larenz a la pretensión de aprehender el significado de unos conceptos jurídicos a partir de su conexión con otros conceptos más abstractos, pero sin conexión alguna con la naturaleza intrínseca de la relación jurídica a la cual los conceptos hacen referencia:

La complicada regulación de los denominados vicios de la voluntad en el negocio jurídico en el BGB solo será comprensible si se conocen los principios –que entran en juego en esta regulación– de la autoconfiguración voluntaria, de la responsabilidad... y de la protección a la confianza y su participación concreta en la regulación. Pero esto sobrepasa ya el marco del sistema abstracto-conceptual, que solo conoce una supra y sub-ordenación lógicas de conceptos, pero no la armonía de principios... [L]a abstracción, llevada hasta el ápice, interrumpe las conexiones de sentido y ella misma, finalmente, se conduce *ab absurdum* por la vacuidad de sus conceptos supremos, que nada dicen ya sobre la conexión de sentido subyacente<sup>59</sup>.

El convencionalismo conceptual puro abre pues un espacio para la discrecionalidad bastante más amplio que el que Hart o Kelsen estaban dispuestos a aceptar. La discrecionalidad no se limitaría al subjuicio de individuación en casos que son difíciles de encajar en uno u otro concepto legal, como propone Hart<sup>60</sup>. Tampoco se limitaría, como aspira Kelsen, a la elección de uno entre muchos modos posibles de realizar el tipo de acción que se impera en la sentencia a través del subjuicio de responsabilidad<sup>61</sup>. Si tanto el concepto de agencia como la tipologización obtenidos en el nivel abstracto de la interpretación carecen de toda referencia a una realidad intrínsecamente inteligible, entonces todos los sub-juicios de la interpretación concreta son discrecionales y en todos los casos.

Una semántica realista es, en fin, tan necesaria en la interpretación abstracta como lo es en la interpretación concreta. Sin embargo, además de insuficiente para iluminar el horizonte teleológico de la interpretación, una semántica realista

---

<sup>59</sup> Cfr. Larenz, K., *op. cit.*, p. 446.

<sup>60</sup> Cfr. Hart, H.L.A., *Concept of law*, Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 123.

<sup>61</sup> Cfr. Kelsen, H., 1960 1982, pp. 351 y ss.

no asegura contra el error en la formulación de los juicios. Más bien al contrario: el lugar para el error es la consecuencia de la naturaleza cognitiva de los juicios interpretativos, abstractos y concretos. Si los juicios fueran un ejercicio puro de la voluntad, no cabría la distinción entre lo válido y lo inválido, lo cierto y lo incierto.

Dejando por ahora las causas posibles de error en la interpretación abstracta, vale señalar que la dimensión sintética de la interpretación genera problemas cognitivos específicos que no están presentes en el nivel abstracto de interpretación. Estos problemas son de dos clases. De una parte, problemas propios de todo juicio cognitivo que conecta conceptos con casos. De otro, problemas propios de la individuación de la acción dentro del proceso judicial.

Los problemas del primer tipo obedecen a la variabilidad de lo fáctico, sobre lo cual recae todo juicio predicamental singular. Los conceptos son estáticos e inmutables. Lo fáctico es, en cambio, infinitamente variable y cambiante. Esta oposición no es ninguna novedad. Como hace ya mucho tiempo advirtió Aristóteles, los conceptos son abstracciones de aquello que permanece inmutable en el cambio. Por ello, como ha señalado de muchas y reiteradas formas Aquino, cuanto más se aproxima la razón a lo singular, más se aproxima también a la contingencia y se amplía el espacio para el error<sup>62</sup>.

Desde el punto de vista cognitivo, la oposición entre la inmutabilidad de los conceptos y la variabilidad de las cosas a las cuales los conceptos hacen referencia explica, entre muchas otras cosas, que una misma persona pueda formular juicios predicamentales generales con un alto nivel de corrección y fallar en su aplicación a lo singular. Esto es perfectamente posible porque el fallo no obedecería en tal caso a una deficiente aprehensión del significado conceptual, sino a una deficiente apreciación circunstancial de los rasgos que conforman la realidad singular<sup>63</sup>.

Sin embargo, como se ha dicho, el espacio para el error que es connatural a todo juicio referencial se amplía en la interpretación concreta realizada a nivel judi-

---

<sup>62</sup> Cfr. Aquino, T de. *De Veritate*, q. 10 a. 6, q. 19 a. 1; *Suma teológica, op. cit.*, q. 84, Artículos 6 y 8; q. 14 a.3; q. 57 a. 6.

<sup>63</sup> Cfr. Llano, A., *El enigma de la representación*, Madrid, Síntesis, 1999, pp. 233-236.

cial por tres razones: a) aquello que se juzgan son acciones humanas; b) las acciones se juzgan desde su manifestación exterior; c) en el supuesto particular del subjuicio de responsabilidad, se impera una acción hacia el futuro, con todo lo que el futuro posee de indeterminación.

## V. LA AMPLIACIÓN DEL ESPACIO PARA EL ERROR (I): LIBERTAD Y EXTERIORIDAD

La primera razón de la ampliación del espacio para el error en la interpretación concreta emana de su objeto: lo que se juzgan son acciones y las acciones, a diferencia de los fenómenos físicos, están surcadas de libertad. La libertad explica que los modos de realizar (en inglés “*to instantiate*”) cada tipo de acción sean mucho más variables que los modos en que se instancian los fenómenos físicos. Ello es así, tanto en las denominadas por Searl “acciones brutas”, y por Aquino “*acciones in genere natura*”, como “correr” o “reír”, que se definen en función de la capacidad biológica desplegada, como –y todavía con mayor razón– en las acciones que se definen por su impacto sobre bienes –como matar–; o por el despliegue de procedimientos reglados culturalmente<sup>64</sup>.

Cuanto más abstracta es la definición del tipo de acción, tanto más lugar para la variabilidad de modos de realizarla y, por lo mismo, tanto más lugar también para errar en la determinación del tipo de acción con el cual encajan las acciones singulares.

La segunda razón para la ampliación del error en la síntesis cognitiva concreta, y específicamente en la que despliega el juez, es una continuación de la anterior: toda acción humana es una combinación de interioridad y exterioridad. Por lo mismo, la naturaleza o especie de las acciones individuales no se determina única ni principalmente en función de las capacidades físicas o biológicas actualizadas, o de su impacto positivo o negativo sobre bienes y reglas exteriores. Se determina, además, en función del tipo de acción que el agente elige desplegar

---

<sup>64</sup> Cfr. Searle, J.R., *op.cit.*, p. 39; Aquino, Tomás de, *Suma Teológica, op. cit.*, q. 20 a. 6.

al actuar<sup>65</sup>. El célebre ejemplo de Wittgenstein, retomado entre otros por Kelsen, es muy elocuente de lo que se quiere apuntar aquí: un hombre levantando su mano no es solo un hombre levantando su mano. Es, o puede ser, un hombre saludando, amenazando, advirtiendo, pidiendo auxilio, etc. Todo depende de aquello que el hombre levantando la mano haya elegido hacer, con o mediante, el tipo físico “levantar la mano”<sup>66</sup>.

En la amplísima gama de acciones por las cuales el derecho responsabiliza a los agentes con un criterio subjetivo, se asume que un observador externo (el juez, el abogado) es capaz de determinar cuál fue el tipo interiormente elegido por el agente al desplegar la acción. Sin embargo, el juez solo cuenta con el tipo biológico –levantar la mano– y con el impacto del tipo sobre bienes circundantes a la acción para abducir, en el sentido más estricto del término “abducir”, tanto la naturaleza voluntaria del hecho, como el tipo específico de acción que el agente elige desplegar o realizar –saludar, amenazar, etcétera–. El resultado de esta abducción, claro está, bien lejos está de la seguridad de las operaciones lógicas deductivas e, incluso, de la inducción<sup>67</sup>.

---

<sup>65</sup> Aquino, Tomás de, *Suma Teológica*, *op. cit.*, pp. 17-20, especialmente, p. 18 a. 6, y p. 20. Interpretando en este punto a Aquino, Cfr. Finnis, J., *Absolutos morales. Tradición, revisión y verdad*, trad. de Juan García Norro, Barcelona, Eunsa, 1992, pp. 65-60; e interpretando a Aristóteles, Finnis, J., *Fundamentals of ethics*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 33. Cfr., asimismo, en la tradición tomista, Ronheimer, M., *La perspectiva de la moral. Fundamentos de la ética filosófica*, trad. de J. Mardomingo Sierra, Madrid, Rialp, 2000, pp. 44-53; y Rhonheimer, Martin; *Perspective of the acting person: essays in the renewal of thomistic moral philosophy*, Washington DC, Murphy William F. Editor-Catholic University of America Press, 2008, p. 41.

<sup>66</sup> Cfr. Wittgenstein, L., *Philosophical investigations*, (Anscombe, E., trans.), 1958, §433; Kelsen, H., 1960 1982, p. 16.

<sup>67</sup> Explicando el concepto de abducción dice Charles S. Peirce: “La deducción prueba que algo *tiene que ser*; la inducción muestra que algo *es actualmente* operativo; la abducción sugiere meramente que algo *puede ser*”: *Lecciones de Harvard sobre el pragmatismo*, trad. de Vericat, J., 1903, &21, <http://www.unav.es/gep/OnThreeTypesReasoning.html>, al 18/11/2014. Otro concepto aplicable a este tipo de inferencia lógica es el de “raciocinio reductivo”, que Kalinowski describe como “raciocinio cuya premisa señala un efecto, del que la conclusión indica la causa. Como muchas veces un mismo efecto puede tener diversas causas, el raciocinio reductivo es, en principio, un raciocinio con conclusión probable”: Kalinowski, G. *Introducción a la lógica jurídica*, trad. de J. Casauborn, Buenos Aires, Eudeba, 1973, p. 152.

Como muestra de las dificultades interpretativas que plantea la abducción aplicada a la interpretación de la acción singular, basta asomarse a la intensidad del debate analítico en torno a la existencia o no de criterios objetivos de individuación de la acción; a la división de la dogmática penal en torno a la prueba del dolo; a los intensísimos debates *ius-privatistas* sobre la distinción entre culpa con y sin representación, y la posibilidad o imposibilidad de acreditar una y otra cosa.

## VI. LA AMPLIACIÓN DEL ESPACIO PARA EL ERROR (II): LA INDETERMINACIÓN DEL FUTURO

La variabilidad de realizaciones posibles de cada tipo de acción y la aproximación exterior a la acción singular, condicionan de modo particular los sub-juicios de atribución y de individuación en sentido estricto, mediante los cuales se reconoce en un hecho pasado (Juan pagó a Pedro y Pedro no entregó la cosa) su condición de “acción voluntaria” y su tipología (“pago en la compraventa”).

El subjuicio de responsabilidad es también un juicio de individuación. Pero a diferencia de los sub-juicios anteriores, lo que se individualiza ahora no es la especie de una acción realizada en el pasado, sino algún modo de realizar un tipo de acción en el futuro. En el ejemplo propuesto, mediante el subjuicio de responsabilidad se determina cómo debe obrar Pedro, para materializar la acción típica consistente en “entregar la cosa en cumplimiento de la obligación asumida en el contrato de compraventa”. Ya no se trata de determinar si los hechos juzgados constituyen la referencia de un tipo (el pago de la compraventa); si son atribuibles a alguien (Juan y Pedro) a modo de agente, y cuál es su valor legal (cumplimiento de un contrato válido). Se trata, en cambio, de identificar el modo en que debe obrar un agente (Pedro) para realizar otro tipo de acción (reparar el daño generado a Juan por el incumplimiento contractual).

El cambio temporal elimina las dificultades epistémicas originadas en la exterioridad de la acción, mientras que potencia las dificultades epistémicas originadas en la variabilidad de modos de realizar tipos de acciones. El problema de la

aproximación exterior a la acción se elimina porque, a diferencia de lo que ocurre con las acciones que se juzgan en el pasado, la intención con que el agente despliegue la acción imperada por el juez es irrelevante. En efecto, ya no se trata de averiguar ¿qué hizo Pedro? o ¿por qué lo hizo?, sino de obligar a Pedro a restaurar la relación deóntica que lo unía a Juan, por medio del contrato de compraventa, y que él alteró cuando incumplió con su obligación contractual de entregar la cosa vendida. En este punto, la función específica del Derecho es restaurar este equilibrio, imperando a Pedro que entregue la cosa, con independencia de cuál sea su intención en el cumplimiento de la orden judicial<sup>68</sup>.

Sin embargo, mientras el problema de la aproximación exterior a la acción se elimina, el problema de la variabilidad se potencia porque la opción entre uno de los muchos modos de realizar el tipo todavía está abierta. El juez no se limita pues a comparar conceptos con hechos ya acaecidos y cerrados. En cambio, debe comparar los conceptos (el tipo de acción debida) con una multiplicidad de opciones fácticas realizables<sup>69</sup>. Más precisamente, debe comparar el tipo que pretende imperar (reparar, indemnizar, punir, etc.) con los muchos modos posibles de realizarlo en las circunstancias, determinando por una parte si estos muchos modos son en verdad instanciaciones del tipo, e identificando, de otra parte, cuál es –si alguno– el más eficaz y eficiente para realizar el *telos* normativo sistémico<sup>70</sup>.

La identificación de la acción más eficaz y eficiente conlleva deliberación o comparación entre opciones de acción. No pocas veces, esta deliberación acaba en

---

<sup>68</sup> Aquino, *Suma teológica, op. cit.*, p. 58 a. 9, ad. 2 y ad. 3; y a. 10.

<sup>69</sup> La identificación del conjunto de cursos de acción disponibles para realizar un tipo de acción es el resultado de lo que Aquino denomina “consejo o deliberación”: *Ibidem*, q. 14, Artículo 1. En cambio, la identificación intelectual del curso concreto que, dentro de este conjunto, mejor realiza el tipo que se pretende imperar, es el resultado de lo que Aquino denomina “juicio”: *Ibidem*, q. 13 Artículo 1 ad. 2; q. 14 a. 6.

<sup>70</sup> La eficacia y eficiencia para realizar el fin sistémico como criterio de elección dentro de las opciones que son conceptualmente compatibles con el tipo legal es otro modo de explicar el juicio Dworkiniano de ajuste, a través del cual el intérprete elige, entre las muchas conexiones significativas entre casos y normas, la que muestra al sistema “en su mejor luz”: Dworkin, R., *Law's empire, op. cit.*, pp. 65-68; *Justice for hedgeghos, op. cit.*, pp. 130 y ss. Ver también, en igual sentido, Massini, C.I. *op. cit.*, p. 158; Zambrano, P., *op. cit.*, p. 73.

un conjunto de opciones que se aparecen ante la inteligencia como igualmente eficaces para realizar el *telos* sistémico. Otras, la mayor parte, la deliberación acaba en opciones que se manifiestan eficaces para realizar una dimensión del *telos* sistémico, pero ineficaces para realizar otra. Etcheverry ha expuesto razones de peso para argumentar que en esta clase de situaciones la decisión final está en buena medida condicionada por la disposición afectiva del intérprete.

Sin discutir esta aserción, conviene apuntar que la afectividad está a su vez avalada por la perspectiva teleológica de la interpretación abstracta y concreta. En otras palabras, si en alguna circunstancia fuera válido decidir una cuestión jurídica por razones afectivas, es porque es razonable esperar que la afectividad o inclinación del juez conduzca a revelar la opción más compatible con el *telos* normativo sistémico. Sin embargo, la afectividad no debería jugar ningún rol, o al menos ningún rol consciente, en la delimitación del conjunto de cursos de acción disponibles para la deliberación. En la medida en que el Derecho se propone guiar la acción del juez, se espera que esta delimitación sea el resultado de un juicio cognitivo de individuación, que conecta los cursos de acción “elegibles” con el tipo normativo que se pretende imperar.

## VII. CONCLUSIONES

Todo sistema normativo se propone, por definición, guiar la acción de sus agentes y juzgarla *a posteriori*, en vistas de su impacto sobre el bien o fin práctico que al que tiende el sistema en su totalidad. Uno y otro propósito descansan sobre el presupuesto de que el lenguaje normativo es lo suficientemente inteligible para sus agentes, de forma que puedan reconocer: (i) la distinción conceptual entre meros hechos y acciones; (ii) los tipos de acciones debidas; y (iii) los bienes o fines últimos hacia los cuales se orienta la regulación de la acción.

En este trabajo se ha desarrollado la tesis de que esta identificación se obtiene como resultado de un razonamiento que se desarrolla en dos etapas, una abstracta y otra concreta.

La etapa abstracta típicamente desarrollada por la aproximación dogmática al estudio del Derecho concluye en la formulación de juicios predicamentales generales acerca del tipo de acciones jurídicamente imperadas, acerca del concepto de acción jurídica, acerca del carácter meritorio o demeritorio de cada tipo de acción jurídica y acerca de las responsabilidades que genera la realización de cada tipo de acción. La etapa concreta de la interpretación recoge los juicios genéricos obtenidos en la etapa anterior y los conecta o aplica a hechos singulares. Como resultado de esta conexión sintética, se formulan cuatro tipos de juicios predicamentales referenciales: un subjuicio de individuación de la acción; un subjuicio de agencia o atribución; un subjuicio de mérito; y un subjuicio de responsabilidad.

La cognitividad y la objetividad de la fase abstracta de la interpretación dependen de que asuma una semántica realista o referencial y un horizonte objetivo de comprensión teleológica. Lo primero permite identificar el significado locucionario, literal o estático de los textos. Lo segundo permite pasar del significado literal, locucionario o estático, al sentido discursivo, performativo y perlocucionario de los textos. El horizonte de comprensión teleológico aporta un criterio para elegir, dentro del marco de significados locucionarios habilitados por las reglas semánticas y sintácticas del lenguaje, el que mejor realiza el *telos* sistémico. Los juicios generales que resultan de la interpretación abstracta son, pues, el resultado de una interpretación que es a la vez textual, sistemática y teleológica.

En la medida en que la interpretación concreta utiliza los conceptos esclarecidos en el nivel abstracto de la interpretación y los aplica a hechos singulares, supone el despliegue de un razonamiento sintético que arrastra, por así decirlo, los desafíos cognitivos de la etapa anterior y agrega otros nuevos. Los desafíos cognitivos nuevos, propios de la interpretación concreta en su faz sintética son de cuatro tipos: la variabilidad de lo singular; la máxima variabilidad de la acción humana, que está surcada de libertad; la aproximación exterior a la acción; y la indeterminación del futuro. Estos desafíos no son, sin embargo, insuperables. No, al menos, cuando el intérprete los aborda desde una teoría semántica referencial y en vistas de un *telos* sistémico objetivo.





## CAPÍTULO CUARTO

Doctrina del doble efecto y fundamentación  
de los derechos humanos. Una aproximación  
desde el principio de proporcionalidad

Juan CIANCIARDO



# CAPÍTULO CUARTO

Doctrina del doble efecto y fundamentación de los derechos humanos.  
Una aproximación desde el principio de proporcionalidad

---

Juan CIANCIARDO<sup>71</sup>

## I. PLANTEAMIENTO

**E**n las páginas siguientes me referiré al fundamento del principio de proporcionalidad. Pretendo, concretamente, lo siguiente. En primer lugar, exponer algunas de las ideas de Robert Alexy al respecto. En segundo lugar, criticar esas ideas, en particular la fundamentación que propone el profesor alemán del tercero de los sub-principios o sub-juicios que componen el principio completo (que surge de la definición alexyana de los principios como “optimización de las posibilidades jurídicas” –y también fácticas, aunque esto último lo usa para fundamentar los sub-principios de adecuación y necesidad–. En tercer lugar, intentaré sostener la que es quizá la tesis central del trabajo: que el principio de proporcionalidad tiene puntos de contacto con la antigua doctrina “del doble efecto”, y que si esa conexión se hiciera más explícita y la doctrina del doble efecto nutriera mejor o más profundamente al principio de proporcionalidad (no por completo, porque uno y otra tienen esferas de funcionamiento no enteramente coincidentes) se evitarían algunos de los problemas que tiene el principio de proporcionalidad para cumplir el ambicioso fin que inspiró su creación: asegurar el carácter absoluto de los derechos. El trabajo concluirá con el desarrollo de algunos de los presupuestos que subyacen a la crítica de las ideas de Alexy y a la fundamentación que se propone como alternativa superadora.

---

<sup>71</sup> Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad de Navarra.

Más allá de un breve referencia inicial que haré a partir del párrafo siguiente, en el desarrollo de estas ideas se darán por conocidos tanto la amplia difusión que ha tenido el principio de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional de las últimas dos décadas, como la definición y el funcionamiento de los tres sub-principios que lo componen<sup>72</sup>.

Comencemos, pues, con la referencia inicial, para luego exponer algo más detalladamente, el objeto preciso de lo que aquí se estudiará. *El principio de proporcionalidad* (en adelante, PPr), con sus tres dimensiones de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, es cada vez más ampliamente reconocido y aplicado en aquellos sistemas jurídicos en los que la Constitución y los derechos ocupan un lugar protagónico<sup>73</sup>. Sus raíces son antiguas –especialmente en el ámbito del *common law*– pero su formulación precisa es relativamente reciente y ha sido obra –al menos en el punto de partida– del Tribunal Constitucional alemán. Avanzando en el tiempo, parece posible afirmar que a partir de la última década del siglo pasado se ha producido una correlación entre la expansión de las fronteras del neoconstitucionalismo y el avance del principio de proporcionalidad<sup>74</sup>. Se trata, en nues-

<sup>72</sup> Cfr., por ejemplo, en el ámbito bioético, Beauchamp, Tom and Childress, James, 1989, p. 53. Cfr., sobre el tema, el excelente libro de García Llerena, 2012, *passim*.

Una aplicación concreta del principio de proporcionalidad a problemas bioéticos en la línea que aquí se pretende fundamentar, en Sapag, 2010, pp. 171-192.

<sup>73</sup> Sistemas a los que se suele denominar “Neoconstitucionales”. Con el término “neoconstitucionalismo” se suelen designar dos realidades distintas, aunque relacionadas. Por un lado, “los rasgos principales del nuevo Estado constitucional, surgido a partir de la segunda mitad del siglo XX en diversas partes del mundo”; por otro, “la incipiente teoría y/o ideología jurídica que tratan de hacerse cargo de él y justificarlo” (Serna, 2005, XIV), y que suele presentarse a sí misma como una alternativa al *iusnaturalismo* y al positivismo. A lo largo de este trabajo me referiré sobre todo al primero de los sentidos. Sobre esta discusión, cfr., además del libro precedentemente mencionado, Comanducci, 2006. Una síntesis de la teoría neoconstitucionalista, Prieto Sanchís, 2004. Cfr., asimismo, Cruz, 2006.

Sobre el debate que se ha dado en torno al neoconstitucionalismo como teoría, particularmente en torno al rol de los jueces, cfr. una mira crítica y penetrante en Hirschl, 2004, quien toma para su análisis los casos de Canadá, Nueva Zelanda, Israel y Sudáfrica.

<sup>74</sup> Cfr., sobre este punto, Schwarze, 1992, 680-702; Emiliou, 1996, *passim*; Akehurst, 1992, 38-39; Boyron, 1992, 237-264; Barnes, 1994, 495-499; Bermann, 1978, 415-432; Braibant, 1974, 297-306; Auby, 1979, 227-238; Linares, 1989, *passim*; Gavara de Cara, 1994, 293-326; Alexy, 1997, 111-112; Willoughby, 1929, *passim*; Georgiadou, 1995, 532-541. Se ha dicho con acierto: “[el] parámetro de la racionalidad –problemática restauración de la *rationabilitas* de la cultura

tros días, de un elemento cuya presencia es evidente en el Derecho Constitucional comparado<sup>75</sup>. Todo esto explica que se hayan multiplicado de modo notable los estudios que se le han dedicado. Algunos de estos trabajos llevan a cabo una evaluación de conjunto favorable de lo que el principio ha supuesto para los sistemas jurídicos contemporáneos<sup>76</sup>; otros son fuertemente críticos<sup>77</sup>. Las críticas se han centrado sobre todo en la imprecisión o ambigüedad del tercer –y crucial– subprincipio, y en las dificultades para fundamentar al PPr en su conjunto. El presente trabajo pretende ser un aporte a esta última discusión, tomando como punto de partida, como se ha anticipado, la exposición y crítica de las ideas que ha expuesto al respecto uno de los defensores más destacados del PPr, el profesor alemán Robert Alexy.

En el inicio del problema se halla la siguiente pregunta: ¿cuál es la razón –o el conjunto de razones– que justifica la aplicación del PPr en un determinado sistema jurídico?<sup>78</sup> Esta pregunta teórica tiene consecuencias prácticas evidentes, puesto que si ese fundamento fuese el reconocimiento legislativo –el Derecho positivo– bastaría su

---

jurídica medieval– puede reconocerse en la jurisprudencia constitucional de prácticamente todos los sistemas liberal-democráticos de nuestros días. Es, con todas las matizaciones que se quieran, la indagación por la *reasonable basis* de la diferenciación en la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano, la pregunta por la “justificación razonable” que se plantea el Tribunal Supremo Federal suizo, el criterio de “no arbitrariedad” que, siguiendo en buena parte la obra de Leibholz, emplea el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania o la regla de la *ragionevolezza*, elevada al rango de principio general del Derecho por el Tribunal Constitucional italiano desde su sentencia 81, de 1963. También entre nosotros el criterio de la “razonabilidad” de las diferenciaciones normativas introducidas por el legislador ha sido invocado por el Tribunal Constitucional, siguiendo, en parte, aquellas orientaciones jurisprudenciales (Jiménez Campo, 1983, 72). La importancia de la proporcionalidad es actualmente tan grande que se ha podido afirmar que es “el principio general más importante del Derecho Comunitario: (Gündisch, 1983, 97-108).

<sup>75</sup> Se reconoce esto en Landau, 2010, 363.

<sup>76</sup> *Cfr.*, en general, los trabajos mencionados en la nota 73.

<sup>77</sup> Francisco Urbina, por ejemplo, basado en la comprensión más habitual del subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto encuentra dificultades insalvables en el PPr (*Cfr.* Urbina, 2012, *passim*). Otra crítica en Webber, 2010, 179-202. He intentado mostrar en otro lugar que resulta posible una comprensión alternativa superadora (Cianciardo, 2009, cap. 3). Una síntesis de las críticas “internas” y “externas” en Barak, 2012, 481-490.

<sup>78</sup> Hay una pregunta directamente vinculada con esta, consistente en la relación necesaria o contingente entre los distintos sub-principios. Si la relación fuera necesaria, bastaría con fundamentar a uno de los sub-principios para fundamentar los restantes.

no existencia para que el principio no pudiese ser aplicado; incluso si su fundamento fuese la Constitución, bastaría una reforma constitucional para su no aplicación.

La interrogante planteada puede responderse desde distintos planos, implícitos en estas últimas afirmaciones. Existe, en primer lugar, una perspectiva sistemática, consistente en examinar por qué, aquí y ahora, en un sistema jurídico concreto, se exige que las leyes respeten el PPr. En el caso argentino, por ejemplo, se ha empleado en este plano al Artículo 28 de la Constitución Nacional y la interpretación que la Corte Suprema ha hecho de él<sup>79</sup>.

Se estableció allí que: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”.

Desde los inicios de su jurisprudencia la Corte Suprema de la Argentina fundamentó en esta cláusula el “principio de razonabilidad”, que con el tiempo ha coincidido, en una de sus dos dimensiones concretamente en la razonabilidad de la ley con el PPr. El Tribunal ha dicho, por ejemplo, que:

[Las]... leyes son susceptibles de cuestionamiento constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad (CSJN, Fallos, 319:2151). También se lo suele formular expresando que la razonabilidad –según el particular significado que a este concepto jurídico se le reconoce en orden al poder de policía y a la materia aquí examinada– quiere decir que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionalmente adecuadas a los fines perseguidos por el legislador (CSJN, Fallos, 171:348; 199:483; 200:450; 248:800, entre otros).

Asimismo lo ha invocado al manifestar que: “... las restricciones y disposiciones que establezca el Estado son válidas en la medida en que resulten razonables y mantengan adecuada proporción entre la necesidad de custodiar el interés público comprometido y que eviten conducir a una desnaturalización de los derechos constitucionales del afectado...” (CSJN, Fallos, 332:2468, 333:993 y otros).

---

<sup>79</sup> *Cfr.*, al respecto, Linares, 2010, *passim*.

En el caso español, por poner otro ejemplo, se ha fundamentado el PPr en los Artículos 1.1, 9.3 y 10.1 de la Constitución, lo que no ha evitado que el Tribunal Constitucional dijese de modo contundente que:

No constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales –y en particular de los aquí invocados– y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida esta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: solo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad (STC 55/1996, FJ 3).

Esta primera aproximación, siendo necesaria, no responde todas las inquietudes que surgen en torno al fundamento del PPr. Por eso que es que se ha intentado un tipo de aproximación complementaria, “extrasistemática”. A su vez pueden distinguirse dentro de ella dos niveles de análisis distintos: uno proviene de un estudio morfológico de la estructura de las normas jurídicas (plano lógico); más concretamente, como se verá, de la comparación entre la morfología de las normas *iusfundamentales* y la mayor parte del resto de las normas que componen un sistema jurídico; otro, a nivel *iusfilosófico*, surge de la respuesta a una pregunta más general, que, prescindiendo de las perspectivas anteriores, indague acerca el porqué de una exigencia que puede calificarse a estas alturas como universal –o, al menos, como considerablemente extendida– (plano ontológico). En el primer caso, se apunta la justificación del PPr en contextos que reconocen los derechos

fundamentales pero no lo formulan expresamente en la Constitución. En el segundo se trata de preguntarse por las razones que explican y justifican la existencia de la exigencia de proporcionalidad en sistemas jurídicos heterogéneos: se trasciende el plano de la descripción para pasar decididamente al normativo.

Dentro del marco proporcionado por estas ideas, el objetivo preciso del presente artículo, como se anticipó, consiste en exponer y poner a prueba la respuesta que ofrece Robert Alexy a la interrogante planteada inicialmente (¿cuál es el fundamento del principio de proporcionalidad?), sin duda alguna una de las más originales y profundas de las que dispone el Derecho Constitucional actual. Este autor propuso en su primer trabajo sobre el tema, dentro de la *Teoría de los derechos fundamentales*<sup>80</sup>, una fundamentación lógica. Luego, más recientemente<sup>81</sup>, tras confirmar en líneas generales esa propuesta de fundamentación inicial, Alexy llevó a cabo una serie de consideraciones que pretenden ir más allá de la lógica jurídica y ubicarse en el campo de la Filosofía del Derecho, todo ello en línea con su inquietud acerca de qué tan “unipuntual” es su teoría inicial<sup>82</sup>.

Para concluir con esta breve introducción, resta solo retornar las ideas que se expusieron al comienzo, aunque ahora con foco en las hipótesis de fondo que atraviesan todo el trabajo. La primera es que la propuesta de fundamentación alexyana resulta insatisfactoria por las siguientes razones: a) su definición de los principios como mandatos de optimización y, consecuentemente, su visión conflictivista de la dinámica de los principios; b) como resultado de lo anterior, su propuesta de la ponderación como criterio para resolver las colisiones entre principios; c) su identificación entre los principios *iusfundamentales* y los derechos fundamentales; d) todo lo que cual deriva en una insuficiente consideración de la perspectiva ontológica (en una reducción de la perspectiva ontológica a la perspectiva normativa). La segunda hipótesis es que los déficits apuntados conducen a una formulación incompleta del PPr, concretamente del tercer subprincipio. Incompleta porque, en primer

---

<sup>80</sup> Cfr. Alexy, 1997, 111-112. Cfr., asimismo, Alexy, 1998, 21-33.

<sup>81</sup> Cfr. Alexy, 2011, 11-29.

<sup>82</sup> Cfr. Alexy, 2007, 37-40.

lugar, conduce a una descripción sesgada de ese subprincipio, y porque, en segundo lugar, acarrea de modo inevitable que el PPr quede autoincapacitado para cumplir con la finalidad que se tuvo en miras al crearlo: la proscripción de toda violación de los derechos. La tercera hipótesis es que tomando algunos de los aspectos de la propuesta de Alexy y dejando de lado o corrigiendo otros, es posible una fundamentación del PPr superadora de la alexyana. Esta hipótesis se estructura sobre las siguientes ideas: a) la definición de los principios como mandatos de armonización; b) la definición de la ponderación como determinación o especificación del contenido de cada derecho; c) la distinción entre principios morales, principios *iusfundamentales*, reglas y derechos fundamentales; d) la conexión entre la fundamentación del PPr y la fundamentación del principio de razonabilidad. Las hipótesis segunda y tercera se nutrirán de la vinculación, que aquí se formulará a modo de intuición, entre el PPr y doctrina del doble efecto. Se sostendrá en el trabajo que la razón de ser del principio de proporcionalidad coincide con la razón de ser del doble efecto: la exigencia jurídico-moral, en el primer caso, y moral en el segundo, de reconocer el carácter absoluto, respectivamente, de los derechos humanos y los absolutos morales. Si esto es así, el sentido del principio en su conjunto se juega en la posibilidad de escapar o trascender a un mero balance de costos y beneficios.

## II. LA APROXIMACIÓN DE R. ALEXY AL FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: DESDE LA LÓGICA A LA ONTOLOGÍA

Alexy ha explicado, al responder a la pregunta planteada en el punto anterior, que hay dos posiciones básicas enfrentadas: “la tesis que afirma la existencia de algún tipo de conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el análisis de proporcionalidad, y la tesis que sostiene, por el contrario, la no existencia de una conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el PPr” (Alexy, 2011, 11-12). El profesor alemán defiende la primera tesis, que llama “de la necesidad”, y se opone a la segunda, que llama “de la contingencia”. Su defensa la hace a través de dos argu-

mentos explícitos que se examinarán en los puntos siguientes: a) el argumento de la conexión entre la teoría de los principios y el PPr, por un lado, y b) el argumento de la conexión entre los derechos fundamentales y los derechos humanos (a través de los principios), que lo conduce a afirmar la naturaleza “dual” de los primeros, por otro. Existen, además, dos argumentos implícitos sin los que la tesis de Alexy no funcionaría: a) la definición de los principios *iusfundamentales* como “mandatos de optimización”; b) la definición de los derechos fundamentales como principios *iusfundamentales*.

1. *Primera tesis de necesidad: la conexión entre la teoría de los principios y el principio de proporcionalidad*

Esta tesis tiene dos puntos de partida conocidos por quienes estén familiarizados con la teoría jurídica de Alexy: la distinción entre principios y reglas, por un lado, y la caracterización de los principios como “mandatos de optimización de las posibilidades fácticas y jurídicas”, por otro<sup>83</sup>. Aceptados los dos<sup>84</sup>, el reconocimiento de los principios en un sistema jurídico concreto conllevaría la existencia y aplicación del PPr.

La razón para esto último estriba, según Alexy, en que los principios implican optimización –son, como se dijo, “mandatos de optimización”– y la optimización implica al PPr, puesto que los tres sub-principios en los que el principio se concreta (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) “expresan en su conjunto la idea de optimización” (Alexy, 2011, 13). Mientras que “los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización respecto de las posibilidades fácticas” (Alexy, 2011, 13), es decir, en ahorrar costos que pueden ser evitados<sup>85</sup>, el PPr en sentido estricto “se refiere a la optimización respecto de las posibilidades jurídicas”, e implica ponderación<sup>86</sup>. Veámoslo con algo más de detalle:

<sup>83</sup> Cfr. Alexy, 2012, 283-297. Más ampliamente, Alexy, 2002, 44-110. Sobre el concepto filosófico de principio, cfr. Vigo, 2004.

<sup>84</sup> No ingresaremos aquí en las dificultades que presenta la identificación entre principios y mandatos de optimización. Corresponde remitir para ello, entre otros, a Aarnio, 2000, 593-602.

<sup>85</sup> Alexy, 2011, 15.

<sup>86</sup> *Ibidem*, 13.

a) En el caso del subprincipio de idoneidad, según Alexy: “si el medio M no es idóneo para lograr la realización u obtención del principio P1, y sin embargo, obstruye la realización de P2, entonces no perjudicará a P1 ni a P2 el hecho de que M sea omitido, aunque si existirían perjuicios para P2 si M es adoptado. Por lo tanto, P1 y P2 en conjunto alcanzarán mayor grado de realización respecto de lo fácticamente posible si M es dejado de lado. P1 y P2, tomados en conjunto, proscriben el uso del medio M” (Alexy, 2011, 13).

b) Con respecto al subprincipio de necesidad, explica Alexy que: “entre dos medios igualmente idóneos respecto a P1, deberá ser elegido aquel que sea menos lesivo respecto a P2. Si existe un medio que intervenga en menor medida y que sea igualmente idóneo, será posible realizar una posición sin tener que perjudicar a la otra. Bajo esta condición, P1 y P2, en conjunto, exigen que sea aplicado el medio que interfiera en menor grado” (Alexy, 2011, 14-15).

c) Finalmente, en aquellos casos en que los costos son inevitables se produce un conflicto entre principios, del que se sale únicamente a través de una ponderación, que se torna, por eso, necesaria. El PPr en sentido estricto “expresa el sentido de la ponderación respecto de las posibilidades jurídicas” (Alexy, 2011, 15), y es “idéntico a la regla llamada ‘ley de la ponderación’” (Alexy, 2011, 15)<sup>87</sup>. Según esta regla: “cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro” (Alexy, 2011, 15). Si se pretende un análisis preciso y completo de la ponderación, la ley de la ponderación requiere ser ampliada con la “fórmula del peso”: “la fórmula del peso define al peso, en el caso concreto, de un principio Pi en relación con el principio opuesto Pj (Wij) como el cociente resultante de, primero, el producto obtenido de multiplicar la intensidad de la interferencia en Pi (Ii) por el peso abstracto de Pi (Wi) y por el peso de la confiabilidad de las apreciaciones empíricas referidas a lo que la medida en cuestión significa para la no realización de Pi (R1), y, segundo, el producto de las valoraciones correspondientes respecto a Pj, ahora respecto de la realización de Pj” (Alexy, 2011, 16). Alexy propone utilizar una escala tríadica (discreta) para

<sup>87</sup> Cfr., asimismo, Alexy, 2003, 433-449; Alexy, 2007, 9-27.

graduar las cantidades que se requieren para realizar estos cálculos<sup>88</sup>, representando con números valores tales como leve, moderado y grave.

Si se escoge una progresión geométrica como 20, 21 y 22, se hace posible representar el hecho de que la fuerza de los principios se incrementa de manera directamente proporcional al incremento de la intensidad de la interferencia. Esto constituye la base para dar respuesta a la objeción que afirma que la teoría de los principios conduce irremediablemente a un debilitamiento de los derechos fundamentales. Si el peso concreto ( $W_i, j$ ) de  $P_i$  es mayor que 1,  $P_i$  tiene precedencia sobre  $P_j$ , pero si es menor que 1,  $P_j$  tiene precedencia sobre  $P_i$ . Esto conecta a la fórmula del peso y con ella a la ley de la ponderación con la ley de la colisión. Sin embargo, si el peso concreto ( $W_i, j$ ) es igual a 1, se produce un empate. En este caso estará permitido realizar la medida en cuestión, así como omitirla. Esto significa que el Estado, y en especial el legislador, posee discreción (Alexy, 2011, 16-17).

La exposición precedente conduce a que Alexy afirme una conexión, necesaria, entre la teoría de los principios y el PPr, sobre la base de que, vale la pena reiterarlo una vez más, “de acuerdo a la teoría de los principios, los principios son mandatos de optimización” (Alexy, 2011, 19). Por eso, “el principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, se deduce lógicamente de la naturaleza de los principios como mandatos de optimización, y la naturaleza de los principios como mandatos de optimización se deduce lógicamente a su vez del principio de proporcionalidad” (Alexy, 2011, 19).

---

<sup>88</sup> “Ante esto quizá pueda ser elevada la objeción de que el razonamiento jurídico no puede ser reducido a cálculo. Esto sería una comprensión errónea del rol que tiene la fórmula del peso. Los números introducidos no sustituyen a los juicios y proposiciones, solo los representan. Un ejemplo de esto vendría a ser la proposición «La restricción de la libertad de expresión es grave». Esta proposición tiene que ser justificada. Esto puede ser hecho solamente mediante argumentos. En este sentido, la fórmula del peso está intrínsecamente conectada con el discurso jurídico. Ella expresa un argumento básico del discurso jurídico” (Alexy, 2011, 17).

A partir de lo dicho surge entonces una nueva cuestión, ya apuntada, acerca de la posible conexión entre los derechos fundamentales y la teoría de los principios (o, lo que es lo mismo según las ideas expuestas, el análisis de proporcionalidad). Porque bien podría ocurrir que se aceptase la conexión entre los principios y el PPr, pero que no se aceptase la conexión entre los principios y los derechos fundamentales. Si este último fuese el caso, la consecuencia sería la afirmación de la tesis de la contingencia o tesis positiva, según la cual la conexión entre los derechos fundamentales y los principios (y, por esto último, la conexión con el PPr) depende de su reconocimiento por parte del legislador constituyente. A este tema dedica Alexy la así llamada por él, “segunda tesis de la necesidad”.

## *2. Segunda tesis de necesidad: la conexión entre los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad*

La pregunta es, pues, si del reconocimiento de los derechos fundamentales se deriva su conexión con los principios y, consecuentemente, su conexión con el principio de proporcionalidad (puesto que, con el argumento anterior, se mostró la relación entre principios y PPr). La respuesta a esta pregunta se vincula con qué se entienda por derechos fundamentales. Si fueran solo Derecho positivo, la existencia del PPr dependería de, en primer lugar, la creación de los derechos fundamentales por parte del legislador y de, en segundo lugar, la asignación por parte del legislador de algún tipo de vínculo entre los derechos fundamentales y los principios *iusfundamentales*. No parece razonable pretender a la vez que los derechos fundamentales son solo Derecho positivo y que, sin embargo, no pueden ser creados si simultáneamente no se crea el PPr –o, dicho con otras palabras, que la creación de los derechos fundamentales supone o entraña la creación del PPr– puesto que esto implicaría necesariamente, como el análisis de los sub-principios ha puesto de manifiesto, otorgar al concepto de derechos fundamentales un sentido o dimensión ideal que fuera más allá de la mera positividad (y por lo tanto incompatible con el carácter meramente positivo que se postula desde esta perspectiva). Por lo tanto, si los derechos fundamentales consistieran solo en Derecho positivo, la tesis de la necesidad sería falsa y sería verdadera, en cambio, su contracara, la tesis de la contingencia.

Alexy pretende responder estos interrogantes a través de dos estrategias paralelas. La primera consiste en acudir a lo que denomina “la doble naturaleza de los derechos fundamentales”; la segunda, en afirmar la conexión necesaria entre la exigencia de corrección, por un lado, y los derechos fundamentales y el Derecho en general, por otro. Cada uno de los dos argumentos es suficiente, en su opinión, para afirmar la segunda variante de la tesis de la necesidad (Alexy, 2011, 27).

Según Alexy, los derechos fundamentales tienen una doble naturaleza: real o fáctica e ideal. Son, en primer lugar “derecho positivo, es decir, derecho positivo a nivel de la Constitución” (Alexy, 2011, 24). Junto con esto, poseen una dimensión ideal. “La razón para esto consiste en que los derechos fundamentales son derechos que han sido consagrados en una Constitución con la intención de transformar a los derechos humanos en derecho positivo” (Alexy, 2011, 24). Se trata, señala Alexy, de una intención “objetiva”, puesto que “es una pretensión de aquellos que estatuyen un catálogo de derechos fundamentales” (Alexy, 2011, 24).

Alexy reconoce a los derechos humanos cinco caracteres centrales; son, en su opinión, morales, universales, fundamentales, abstractos y gozan de prioridad sobre los demás tipos de derechos<sup>89</sup>. Según entiende, el carácter moral y el carácter abstracto son claves para entender la conexión necesaria entre los derechos fundamentales y el PPr. El carácter moral, en primer lugar, proviene de, que solo a través de él pueden fundamentarse los derechos, y solo a través de su fundamentación son válidos y, por ende, existen. Dicho con otras palabras, la fundamentación es fundamentabilidad, posibilidad de fundamentación, que se lleva a cabo en sede moral, concretamente en el ámbito de la teoría del discurso: “el *leitmotiv* de esta fundamentación consiste en efectuar afirmaciones, preguntas y argumentaciones. Esta práctica presupone necesariamente reglas que expresen autonomía e igualdad” (Alexy, 2011, 25). En segundo lugar, los derechos humanos son abstractos porque se refieren “simplemente a objetos tales como libertad e igualdad, vida y propiedad, así como a la libertad de expresión y la protección del honor”. Es decir, su objeto es amplio e indeterminado, y por tanto –y esta es la consecuencia relevante para el

---

<sup>89</sup> Cfr. Alexy, 2011, 24, con remisión a Alexy, 2006, 17.

tema– “como derechos abstractos, los derechos humanos colisionan inevitablemente con otros derechos humanos y con bienes colectivos como la protección del medio ambiente y la seguridad pública” (Alexy, 2011, 25). Como consecuencia de ello, requieren de ponderación.

Que los derechos humanos requieran ponderación conlleva a que también la requieran los derechos fundamentales, como consecuencia de su naturaleza dual, real o fáctica e ideal. Sostiene Alexy, en este sentido, que el carácter ideal de los derechos humanos no se desvanece una vez que ellos han sido transformados en Derecho positivo, “al contrario, los derechos humanos permanecen conectados con los derechos fundamentales como razones a favor o en contra del contenido que ha sido establecido a través de la positivización y como razones exigidas por la textura abierta de los derechos fundamentales” (Alexy, 2011, 25). ¿Cómo tiene lugar, entonces, la conexión entre los ahora derechos fundamentales y el PPr? A través de dos maneras:

a) Conexión potencial. En los casos en los que el legislador establece una regla mediante la que resuelve una colisión entre principios, entonces el principio formal de autoridad de la Constitución exige el respeto de esa regla. Sin embargo, puede ocurrir que la regla sea extremadamente vaga, oscura o ambigua. En ese caso “los principios sustantivos que se encuentran tras la regla entrarán inmediatamente en juego” (Alexy, 2011, 26) –como sucede cuando la regla es incompatible con los principios contenidos en la Constitución– y la ponderación –es decir, la aplicación del PPr– se torna necesaria.

b) Conexión real. Se da, según Alexy, en “todos aquellos casos en los cuales las normas de derecho fundamental, tal como están determinadas en la Constitución, tienen que ser interpretadas directamente como principios” (Alexy, 2011, 27)<sup>90</sup>.

El segundo camino que recorre Alexy para fundamentar la conexión entre los derechos fundamentales y el PPr (es decir, la segunda variante de la tesis de la necesidad) se basa en la pretensión de corrección<sup>91</sup>. Sostiene el autor alemán que “la preten-

<sup>90</sup> Con remisión a Alexy, 2002, 80-86, 109-117.

<sup>91</sup> *Cfr.* Alexy, 1997, 41. Un desarrollo de la posición de Alexy en Sieckmann, 2007, 189-205. Las raíces de la propuesta se encuentran en la conocida “fórmula de Radbruch”. Un estudio reciente e interesante sobre el tema en Bix, 2011, 45-57.

sión de corrección, necesariamente conectada con la jurisdicción constitucional, exige que la decisión tomada por el Tribunal Constitucional deba ser tan racional como sea posible” (Alexy, 2011, 27). Y la única vía para llevar adelante esta exigencia es, según su opinión, la ponderación o PPr<sup>92</sup>.

### III. CRÍTICA DE LA POSICIÓN DE ALEXY

Desde mi punto de vista, la posición de Alexy sintetizada en los puntos precedentes debe ser corregida porque se asienta en presupuestos incorrectos, lo que hace perder fuerza a sus conclusiones. A continuación pretendo llevar a cabo una enumeración de esos aspectos, en mi opinión poco sólidos, de la propuesta alexyana, distinguiendo entre aquellos que deberían ser precisados y otros que deberían ser abandonados.

#### 1. *Primera crítica: la identificación entre principios iusfundamentales y derechos fundamentales*

El primer punto a discutir es la identificación que hace Alexy entre principios constitucionales y derechos fundamentales. La hipótesis que pretendo sostener es que los principios constitucionales son diferentes de los derechos constitucionales en su sentido focal o más interesante. Los principios son puntos de partida del razonamiento jurídico; los derechos son especificaciones o determinaciones de lo que se establece en los principios, que son a su vez determinaciones de lo que se establece en los principios morales<sup>93</sup>. En sintonía con estas ideas, Cristóbal Orrego ha explicado, con acierto, que lo relevante de cara a establecer hasta dónde llegan los derechos no es tanto qué facultades abstractas tienen sus potenciales titulares, como hasta qué punto dan lugar a conductas permitidas, debidas o prohibidas<sup>94</sup>. Lo verdaderamente crucial consiste en establecer si el respeto de un derecho exige de parte de su destinatario alguna conducta específica. Inmersos en esa tarea, la identificación entre principios y derechos hacer perder a los derechos su atributo central (o lo licúa

<sup>92</sup> Cfr. Alexy, 2011, 28. Alexy expone en esta página y en la siguiente, algunas de las objeciones de irracionalidad que se han levantado contra el PPr, sobre las que no ingresaremos en esta oportunidad. Cfr., al respecto, una visión crítica respecto del tema Cianciardo, 2009, 107-125.

<sup>93</sup> Un desarrollo más amplio de estas ideas en Cianciardo, 2007, capítulo tercero.

<sup>94</sup> Cfr. Orrego, 2010, 311-342.

fuertemente): el carácter absoluto, su resistencia fuerte frente a todo intento de violación o afectación.

Solo a través de una correcta distinción entre principios y derechos, y a la búsqueda de la determinación de estos últimos, ese carácter absoluto puede ser preservado y tiene sentido. Solo por este camino es posible, en definitiva, dar con un discurso *jurídico* acerca de los derechos:

La mayor parte de las afirmaciones de derechos que se hacen en el discurso político necesitan ser sometidas a un proceso racional de especificación, valoración y reserva, de una manera que en cierta medida desmiente el tono perentorio o concluyente de “tiene un derecho a...”. Esta conclusión puede reforzarse reparando en la estructura lógica de las afirmaciones o pretensiones formuladas o reconocidas o concedidas en las declaraciones de derechos y en el discurso político en general... Estas pretensiones afirman relaciones de dos términos entre una persona o clase de personas y una materia o clase de materia (la vida, el cuerpo, la libertad de expresión, los bienes o la propiedad sobre los bienes...). Antes de otorgar razonablemente verdadera fuerza concluyente a estas afirmaciones, deben ser traducidas a relaciones especiales de tres términos (Finnis, 2000, 246)<sup>95</sup>.

---

<sup>95</sup> La “traducción” a la que se refiere este autor implica, según sus propias palabras, “especificar: a) la identidad del titular (o de los titulares) del deber, quien debe respetar o hacer efectivo el derecho de A; b) el contenido del deber, en términos de descripciones específicas de actos, incluyendo los plazos y otras circunstancias y condiciones para el cumplimiento del deber; c) la identidad de A o la descripción de la clase de A, i. e. del correlativo titular (o titulares) desde derecho-exigencia (en el sentido hohfeldiano de “derecho-exigencia”); d) las condiciones según las cuales el titular de un derecho-exigencia pierde su derecho-exigencia, incluyendo las condiciones (si las hay) según las cuales él puede renunciar a exigir el cumplimiento de los deberes correspondientes; e) los derechos-exigencias, poderes y libertades del titular del derecho-exigencia, para el caso de incumplimiento del deber; y, sobre todo, f) las libertades del titular del derecho, incluyendo una especificación de los límites de esas libertades, i. e., una especificación de sus deberes, especialmente los de no interferir con las libertades de otros titulares de ese derecho o de otros derechos reconocidos. Puesto que f) implica especificar los deberes del titular del derecho (A) también implica necesariamente una especificación de los derechos-exigencias de B, y esta especificación a su vez exige una especificación completar de los puntos a) a f) respecto, ahora, de B; lo cual exigirá una especificación similar con respecto a los derechos de B de no interferir con C...” (Finnis, 2000, 247).

Es desde este preciso punto de vista que se percibe que es muy relativo el interés que tiene el intento de Alexy de fundamentar el PPr en lo que él denomina el carácter abstracto de los derechos. Dicho con otras palabras, esta fundamentación permitiría en todo caso –si se asumiera la definición de los principios que propone Alexy– conectar al PPr con los principios, pero no con los derechos, o al menos no con su significado focal<sup>96</sup>.

## 2. Segunda crítica: una visión conflictivista de la dinámica entre principios

En segundo lugar, también genera dudas la definición de los principios constitucionales como “mandatos de optimización” de las posibilidades fácticas y jurídicas (ese es el “núcleo” de la distinción entre los principios y las reglas<sup>97</sup>). Alexy ha mantenido esta definición desde sus primeras aproximaciones al tema<sup>98</sup>; con relación a la pregunta por el fundamento del PPr, hace de ella el argumento sobre el que sustenta la primera parte de su “tesis de la necesidad” (o de la “inclusión necesaria” del PPr en el reconocimiento de los principios). La hipótesis que en mi opinión habría que explorar es la de definir a los principios como mandatos de armonización, es decir, reiterando lo ya dicho, puntos de partida del razonamiento jurídico que apuntan a que se respete el principio según el cual en la elección moral debe propenderse a la realización humana integral. Se trata de una diferencia a primera vista pequeña pero que tiene, si bien se miran las cosas, consecuencias enormes para la interpretación, catalogación y fundamentación de los derechos.

---

<sup>96</sup> Lo interesante es, pues, la determinación del deber jurídico actual y exigible. Algo parecido ocurre en el ámbito moral. Con referencia al principialismo bioético, Viviana García Llerena sostiene que: “el deber moral definitivo y exigible y el juicio concreto sobre la moralidad de la acción solo pueden surgir tras considerar todas las cuestiones implicadas en la decisión; a saber, la valoración del *factum* del caso y de sus peculiaridades, el contenido material de los principios que resulten pertinentes, las reglas que derivan de ellos y el conjunto de deberes *prima facie* vinculados a tales reglas. Para resolver los supuestos en los que existe más de uno y que resultan incompatibles entre sí, como no es posible acudir al criterio jerárquico, ha de efectuarse un análisis deliberativo que concluirá, vistos y sopesados todos los deberes *prima facie* contendientes, con la enunciación de cuál de ellos es el deber moral definitivo”. García Llerena, 2012, 19.

<sup>97</sup> Cfr. Alexy, 1998, 12.

<sup>98</sup> Cfr., por ejemplo, Alexy, 2005, 65-67.

Desde la posición alexyana, en cambio, la textura abierta de los principios *iusfundamentales* conduce necesariamente a los conflictos entre unos y otros, como reflejo de los conflictos que se darían entre los derechos humanos (el elemento ideal con el que conecta los principios); se trata de una apertura absoluta, sin rumbo que la dote de sentido y por lo tanto inevitablemente conflictiva. En mi opinión, en cambio, el punto de partida de la interpretación de los principios *iusfundamentales* no es la existencia de un conflicto (en el ámbito que proveen los puntos de intersección entre los supuestos de hecho de los diferentes principios), o de varios conflictos, sino la aspiración a la armonía entre cada principio y el resto de los principios (a la coordinación). Esa aspiración se fundamenta en el carácter de bien que tiene el objeto de cada uno de los principios (carácter que solo es tal si se acepta que son potencialmente armonizables con el resto de los bienes y con el bien común), y se expresa en que cada principio *iusfundamental* es, como ha sostenido con acierto Pilar Zambrano, el resultado de una determinación de principios morales que requiere, a la vez, determinaciones adicionales que provienen de las reglas y las sentencias<sup>99</sup>.

### 3. Tercera crítica: el carácter absoluto de los derechos

En tercer lugar, Alexy niega el carácter absoluto de los derechos. Sostiene, concretamente, que “la convicción que debe haber derechos que aún en las más extremas circunstancias no sean sobrepasados... no puede ser sostenida en el derecho constitucional” (Alexy, 2002, 196). En mi opinión, en cambio, sin la afirmación de su carácter absoluto, los derechos pierden buena parte de su atractivo (es difícil, entre otras cosas, fundamentar su dimensión ideal), y, en relación con esto, una correcta fundamentación del PPr requiere llevar a cabo una distinción clasificatoria de los derechos según que se refieran o no a absolutos morales. La hipótesis es que el carácter absoluto de los derechos se expresa de modo diferente en un caso y en otro. En el primer caso, los derechos son absolutamente intangibles, mientras que en el segundo no lo son, *prima facie*. Sí es intangible, en este último supuesto, el derecho una vez determinado, concretamente su núcleo radical o contenido esencial, sin el que carece por completo de inteligibilidad (por ejemplo, los casos de hambre, prisión perpetua...).

---

<sup>99</sup> Cfr. Zambrano, 2012, 135-157.

Partiendo de una terminología algo diferente de la que aquí se emplea, Javier Hervada propone una clasificación de los “derechos naturales” en “originarios” y “subsiguientes”<sup>100</sup>.

Mientras que los primeros “son propios de todos los hombres en cualquier estadio de la historia humana” (Hervada, 2008, 114), los segundos “dimanan de la naturaleza humana en relación con situaciones creadas por el hombre” (Hervada, 2008, 114). Explica que “por ejemplo, tanto el derecho a la vida como su derivado, el derecho a medicarse para conservarla, son derechos originarios; la legítima defensa, en cambio, es una manifestación subsiguiente, pues procede de la naturaleza humana la paz entre los hombres, no el injusto ataque a la vida ajena, que es algo que proviene de la voluntad humana: supuesta la situación de ataque creada por el hombre, aparece la defensa como una manifestación subsiguiente del derecho a la vida” (Hervada, 2008, 114). Los derechos originarios, a su vez, se dividen, sostiene Hervada, en “primarios” y “derivados”. Los primeros son aquellos derechos “que representan los bienes fundamentales de la naturaleza humana y los que corresponden a sus tendencias básicas” (Hervada, 2008, 115); los segundos son “manifestaciones y derivaciones de un derecho primario” (Hervada, 2008, 115). Según Hervada, la importancia de esta última distinción radica “en la diversa influencia que la historicidad tiene en unos y otros. Mientras los derechos primarios son constantes y permanentes, los derechos derivados están sujetos a una mayor variabilidad en lo que respecta a su extensión, por cuanto dependen en mayor grado de las condiciones históricas. Así, el derecho a la alimentación o el derecho a la educación tiene mayor extensión en los entornos más desarrollados que en los menos desarrollados” (Hervada, 2008, 115-116).

Teniendo en cuenta esta segunda clasificación se comprende mejor lo que se dijo precedentemente acerca del carácter absoluto de los derechos, *simpliciter* en el caso de los derechos primarios y *prima facie* en el de los derivados.

---

<sup>100</sup> Cfr. Hervada, 2008, 114-116. Sobre el pensamiento jurídico de Hervada, cfr. Rivas, 2005, *passim*.

#### 4. Cuarta crítica: una negación del carácter incommensurable de los derechos

En cuarto lugar, también me parece discutible que la ponderación sea una técnica adecuada para la interpretación de los derechos fundamentales. La hipótesis que sustenta esta crítica es que los bienes humanos a los que se refieren los derechos son total o parcialmente incommensurables, y que por ello: a) no es posible total o parcialmente ponderarlos, b) cualquier intento de ponderación conduce a la instrumentalización de uno de los derechos y, con ello, a una negación de su carácter total o parcialmente absoluto.

La técnica de la ponderación o *balancing test* parte de un conflicto de derechos entre sí o entre derechos y bienes, por un lado, y de la posibilidad de mensurarlos, por otro<sup>101</sup>. Planteadas así las cosas, se afirma que: a) todos los derechos y bienes son iguales y equivalentes entre sí; b) por ello, en palabras del Tribunal Constitucional “se impone una necesaria y casuística ponderación”<sup>102</sup>. Se ha sostenido, en esta línea, que “[n]o se trata de determinar cuál es el bien más importante, pues, salvo excepciones, lo son todos por igual, especialmente cuando el conflicto se entabla entre los propios derechos fundamentales, sino de decidir cuál de las dos normativas resulta más necesaria, relevante o justificada para proteger el correspondiente bien o derecho” (Gascón Abellán, 1990, 286)<sup>103</sup>.

El primer problema de la ponderación es que, en cualquiera de sus formulaciones, no parece una actividad racionalmente controlable. Nada se dice sobre los criterios que permiten decidirse por uno u otro derecho en juego. No hay ninguna pauta que indique porqué una de las dos libertades enfrentadas (o, en su caso, el bien público) debe prevalecer. Decir que hay que sopesar las normas aplicables es muy poco, especialmente teniendo en cuenta la fundamentalidad de los derechos humanos. Por otra parte, y enlazando con lo dicho en el epígrafe inmediatamente anterior, la ponderación asume la necesidad de postergar alguno de los derechos fundamentales en juego. Como ya se indicó, si hay algo que ha caracterizado al discurso de los derechos humanos desde su aparición es, justamente, su

<sup>101</sup> *Cfr.*, al respecto, Serna y Toller, 2000, pp. 10 ss., y Rivas, 1999, pp. 105-119.

<sup>102</sup> STC 104/1986, R.T.C. 1986-II-591, FJ 5°.

<sup>103</sup> *Cfr.*, asimismo, respaldando esta posición, Prieto Sanchís, 1990, pp. 147-148.

resistencia a la postergación. Además, como advierten Serna y Toller, se trata de una exigencia de la dogmática constitucional actual: “el carácter normativo directo que poseen hoy en todos los países de cultura jurídica occidental hace necesario que se interpreten sistemáticamente, haciendo compatible internamente todo su contenido e interpretando cada disposición de acuerdo a las demás” (Serna y Toller, 2000, 32).

##### 5. *Fundamentación del principio de proporcionalidad y doctrina del doble efecto*

Aquí se sostendrá la existencia de una relación entre la doctrina del doble efecto, la teoría de los principios, y el fundamento del PPr<sup>104</sup>. Nos plantearemos a continuación, sucesivamente, qué es el doble efecto, cómo se relaciona con la teoría de los principios y, finalmente, cómo una y otra cosa, se relacionan con el PPr.

###### A. *La doctrina del “doble efecto”*

La llamada “*doctrina del doble efecto*” o “*del voluntario indirecto*” surge en el siguiente contexto. Todos los actos humanos provocan varios efectos, y es inevitable que al menos uno de ellos sea malo. Alimentarse, por ejemplo, implica habitualmente la muerte de al menos un ser vivo. No hay actos humanos que no tengan efectos malos. No todos los efectos malos, sin embargo, tornan ilícita la acción moral que los produce. No es ilícito producir efectos malos que consistan en un daño a la propiedad o, como en el ejemplo anterior, a realidades sub-humanas. Alcanza, en estos casos, con que el efecto bueno que persigue la acción sea proporcionado (que exista una razón de peso) para que se justifique el efecto malo y la acción sea, por eso, lícita. Hasta aquí las teorías morales principales coinciden. A partir de aquí se abren dos caminos fundamentales: a) para un conjunto de teorías morales, la proporcionalidad (en el sentido mencionado, es decir, la existencia de una razón cuyo peso alcance para desplazar el peso contrario del efecto malo) es el único criterio para juzgar la moralidad de un acto, y por tanto no existen efectos malos que nunca puedan moralmente intentarse (es decir, quererse como medios o como fines). A este conjunto de teorías morales se las suele llamar, por su coincidencia en este punto, como “proporcionalis-

---

<sup>104</sup> "Debo esta idea a una conversación mantenida con el Prof. Cristóbal Orrego y trabajos del Prof. Alejandro Miranda. Cfr., al respecto, Orrego, 2015 y Miranda, 2014".

tas”; b) para otras teorías morales, nacidas en la tradición del pensamiento clásico<sup>105</sup>, en cambio, existen efectos malos que nunca pueden lícitamente intentarse o, dicho con otras palabras, existen efectos malos cuya intención (como medio o como fin) determina la ilicitud de la acción, con independencia de qué tan importantes sean los efectos buenos. Esos efectos malos que nunca deben intentarse son los denominados “absolutos morales”<sup>106</sup>.

Para esta última posición, sin embargo, no se violan esos absolutos morales cuando su afectación no es “intentada” por el agente moral<sup>107</sup>. Dicho con otras palabras, cuando ese tipo de efecto malo no es querido por el agente, el acto del que se deriva no necesariamente –es decir, si se dan ciertas condiciones– es ilícito. La doctrina del doble efecto busca, dentro de este contexto, establecer cuáles son, de modo preciso, las condiciones para que esto último ocurra.

Estos requisitos son, muy sintéticamente, dos. En primer lugar, el agente moral no debe intentar el efecto malo sino meramente tolerarlo (el efecto malo es un efecto colateral no directamente querido, es “indirectamente” voluntario). En segundo lugar, debe existir proporción entre el efecto bueno intentado y el efecto malo tolerado. Si una u otra condición se cumple, la producción del efecto malo (o efecto colateral) no violaría los absolutos morales y no sería, por tanto, ilícita.

#### *B. La doctrina del doble efecto y los principios constitucionales*

El Profesor Alejandro Miranda ha sugerido una posible vinculación entre los principios constitucionales y la doctrina del doble efecto. Según este autor:

En las modernas constituciones y declaraciones de derechos, los preceptos que establecen derechos humanos inviolables están formulados de un modo semejante al de las prohibiciones morales absolutas de la tradición clásica. Esto ha favorecido que, en tiempos más recientes, se haya hecho un uso importante del principio del doble efecto en la protección constitucional de los

<sup>105</sup> Cfr. Boyle, 1980, pp. 527-538.

<sup>106</sup> Según el catecismo de la Iglesia Católica, por ejemplo, “Hay actos que, por sí y en sí mismos, independientemente de las circunstancias y de las intenciones, son siempre gravemente ilícitos por razón de su objeto; por ejemplo, la blasfemia y el perjurio, el homicidio y el adulterio. No está permitido hacer el mal para obtener un bien” (nro. 1756).

<sup>107</sup> Cfr. Masek, 2010, pp. 567-585.

derechos fundamentales. –Se trata aquí de una aplicación extensiva, en la que el principio se emplea como criterio para juzgar la conformidad de las leyes u otras disposiciones inferiores con los preceptos constitucionales. ¿Por qué se produce esta “aplicación extensiva”?– Porque puede suceder que una ley, al propender a la consecución de bienes legítimos, afecte, no obstante, el ejercicio de prácticas que, *prima facie*, pudieran considerarse amparadas por un derecho protegido, con lo que surge una situación de doble efecto. En este contexto, los jueces han razonado recurriendo a las mismas categorías recogidas en el principio tradicional: es jurídicamente relevante distinguir entre la intención de la ley y los efectos colaterales que ella pueda provocar. En otros términos, el principio ha servido aquí para distinguir entre leyes que directamente atentan contra el derecho protegido por la norma constitucional y leyes que pueden limitar o restringir ese derecho como efecto colateral de la prosecución de otros fines lícitos. Las leyes del primer tipo son siempre inconstitucionales, mientras que las del segundo no lo son, cuando el legislador persigue con ellas un bien suficientemente importante (Miranda, 2008, 513).

### *C. Doctrina del doble efecto, principios y principio de proporcionalidad*

Y es aquí donde la doctrina del doble efecto conecta con el PPr, porque la evaluación de la constitucionalidad de la regulación (o limitación o reglamentación) de un derecho (efecto *prima facie* ilícito o malo) con vistas a la consecución de un efecto lícito se ha venido haciendo mediante el PPr. Dicho con otras palabras, la evaluación de si es o no constitucional la regulación de un derecho se ha hecho depender de que esa regulación sea: a) adecuada para el logro de un fin cuya persecución esté permitida por la Constitución y sea socialmente relevante; b) eficiente, es decir, la menos restrictiva de los derechos en juego de entre todas aquellas igualmente eficaces para el logro del fin; y c) proporcionada en sentido estricto, es decir, un balance proporcionado entre los costos (la regulación del derecho) y el fin.

En mi opinión, un estudio detenido de la conexión a la que vengo haciendo referencia permitiría aportar elementos para: a) una mejor fundamentación del PPr;

y b) una definición algo más precisa del tercer subprincipio, en especial cuando lo que está en juego es la interpretación de derechos absolutos –es decir, la interpretación de derechos reconocidos por principios que prohíben una conducta cualquiera sea el fin que se persiga con ella o las circunstancias que la rodeen–.

Una y otra ventaja, provienen en realidad, de un único argumento. Como se sostuvo precedentemente, la finalidad de la doctrina del doble efecto es la de garantizar la tutela de los absolutos morales o, lo que es lo mismo, asegurar el cumplimiento de las normas morales inexcusables. La teoría general de los derechos fundamentales tiene una finalidad similar: garantizar la tutela de los derechos humanos o, lo que es lo mismo, asegurar el cumplimiento de los principios constitucionales. Partiendo de allí, es posible extraer dos conclusiones. La primera es que esa finalidad opera en uno y otro caso como fundamento de la doctrina y de la teoría, por un lado, y –correlativamente– de los tres sub-principios que componen la doctrina y el PPr, por otro. La segunda es que el subprincipio de proporcionalidad tal como es habitualmente entendido no permite que el principio en su conjunto cumpla acabadamente con el fin que lo fundamenta, puesto que pueden darse casos en los que el balance entre costos y beneficios dé como resultado la justificación de un costo que consista en la violación de un derecho. En este tipo de supuestos resulta necesario completar la evaluación acerca de la justificación con otra que apunte a la no alteración del derecho (al examen de si se ha violado o no su contenido esencial)<sup>108</sup>. Solo con este complemento el principio podrá alcanzar el fin para el que fue pensado<sup>109</sup>.

---

<sup>108</sup> Toda intervención en materia de derechos fundamentales debe ser justificada, lo que equivale a la existencia y presentación de las razones que la orientan y las convierten en aceptables. *Cfr.*, la enunciación y una aplicación de esta idea en Seoane Rodríguez, pp. 64-80. Sin embargo, si la justificación se reduce a un “balance entre costos y beneficios” no se alcanzará a satisfacer lo que los derechos pretenden.

<sup>109</sup> *Cfr.*, sobre este punto, Cianciardo, 2010, pp. 177-186.

#### IV. NECESIDAD DE UNA JUSTIFICACIÓN ONTOLÓGICA: LA DINÁMICA DE LAS RELACIONES HUMANAS COMO SUSTENTO DE LA RAZONABILIDAD Y DE LA PROPORCIONALIDAD

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se abren respecto de la tesis de la necesidad dos alternativas radicales: si se entiende la proporcionalidad como ponderación, tal como propone Alexy, la tesis de la necesidad es fundamentalmente incorrecta y resulta, incluso, contraria a una vigencia efectiva de los derechos. Si, en cambio, se reemplaza el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto tal como es entendido por Alexy (y por la mayoría de la doctrina) por una evaluación cualitativa que apunte a la especificación de los derechos en juego en un conflicto (es decir, al establecimiento de su esfera de funcionamiento razonable), la tesis de la necesidad es básicamente correcta. Veamos porqué. Evaluemos, dicho con otras palabras, en qué medida el PPr es una exigencia de los principios *iusfundamentales* y de los derechos fundamentales. Desde nuestro punto de vista, el reconocimiento de derechos constitucionales implica al PPr por lo siguiente:

1) Los principios *iusfundamentales* en los que los derechos constitucionales son reconocidos requieren determinación. Precisan, como se dijo precedentemente, especificación. Son solo *puntos de partida* del razonamiento jurídico.

2) El PPr permite evaluar qué tan razonable es la determinación que el legislador (mediante reglas establecidas en leyes) o el juez (mediante reglas establecidas en sentencias) han hecho de un determinado principio *iusfundamental*.

3) La evaluación de la razonabilidad de una determinación (de cualquier determinación jurídica, no únicamente de la que hacen las reglas respecto de los principios *iusfundamentales*) no solo es posible sino que es también una exigencia del Derecho. Es decir, que el Derecho exige distinguir entre arbitrariedad y determinación. Esto último conecta la fundamentación de la proporcionalidad con la fundamentación de la razonabilidad<sup>110</sup>.

<sup>110</sup> Implica también, aunque no podamos abundar aquí sobre esto, que: a) el juez es capaz de vincular a las reglas con los principios constitucionales y a los principios constitucionales con los principios morales; b) el sentido de cada una de estas normas no es determinado definitivamente por su uso (es decir, que desde el punto de vista semántico la referencia prima sobre el significado). Cfr. Zambrano, 2012, *passim*.

Una ley será conforme con la Constitución o su interpretación será constitucionalmente aceptable en la medida en que sean razonables. La evaluación de la razonabilidad es, desde esta perspectiva, clasificante<sup>111</sup>: la norma irrazonable o la interpretación irrazonable no son normas ni interpretaciones *jurídicas*. El problema del fundamento de la exigencia de razonabilidad es reconducible, desde esta perspectiva, a la pregunta por el fundamento del Derecho. Dicho con otras palabras, de un modo más genérico: determinar porqué se exige de la ley y de su interpretación que sean razonables se vincula con la idea misma de Derecho, con la pregunta por su contextura y su fenomenología, y, más allá de ello, con una comprensión del fenómeno jurídico que dé respuesta a la pregunta fundamental: ¿por qué el Derecho y no más bien la violencia<sup>112</sup>? La respuesta antijuridicista, que no se limita a señalar la insuficiencia del orden jurídico para la efectiva plenitud de la vida humana, o criticar la imperfección de este o aquel instrumento jurídico, sino que pretende anular completamente toda actividad jurídica, es profundamente contra-fáctica, por un lado, e inhumana, por otro<sup>113</sup>. Una respuesta satisfactoria debe descansar, en cambio, sobre una filosofía filosófico-jurídica, sobre una filosofía de la persona humana<sup>114</sup>. “La referencia a la persona no solo permite fundar el elemento ideal del derecho, sino que también da razón de sus estructuras formales, al menos parcialmente, y del Derecho como totalidad” (Serna, 2002, 352-353). Desde un planteamiento así, “el respeto y la protección de la persona pasan a ser un elemento estructural de lo jurídico, y no meramente el contenido o fin de las normas” (Serna, 2002, 353). La vía jurídica no es una alternativa indiferente para el sujeto, e incluso más: es obligatoria, porque es la única que trata al otro como fin, y no como medio, porque solo ella, en definitiva, respeta su dignidad. En efecto, “la expresión «dignidad» alude a la eminencia del ser humano, a su grandeza, y su traducción inmediata ha sido his-

<sup>111</sup> Cfr., al respecto, Alexy, 1997, 32. Cfr., asimismo, sobre este último trabajo, Cianciardo, 2001, 105-138.

<sup>112</sup> Cfr. Serna, 2002, 321 y ss.; Velarde, 1997, 113-117.

<sup>113</sup> Para una crítica puntillosa, cfr. Cotta, 1987b, p. 38.

<sup>114</sup> Cfr. Serna, 2002, 352, quien señala que han seguido esta orientación Cotta, 1987a y 1987b, *passim*; Ballesteros, 1984, *passim*, Romano, 1987, 121-152, y Romano, 1988, 143-192.

tóricamente una exigencia de respeto incondicionado, como fin en sí mismo, según la expresión kantiana. Si el respeto no es incondicionado, no se hablará de dignidad, sino de valor (relativo). La dignidad supone, pues, un valor absoluto, no sometido a condición” (Serna, P., “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo”, en Massini, C. I. y Serna, 1998, 63-64). Negar la pretensión del otro, no tenerla en cuenta, significa no respetarlo, o lo que es lo mismo, sujetar el respeto del otro al albur de una adhesión voluntaria de su parte al criterio propio.

La única alternativa *humana* entonces, es la jurídica, que trata al otro y al propio sujeto como un fin, no meramente como un medio, y permite al individuo hacer de su pretensión un bien que le proporcione un aumento en su ser.

Por otro lado, las relaciones con los otros son solo aparentemente conflictivas. En efecto, si bien el enfrentamiento con el otro es también un enfrentamiento con su pretensión, que *prima facie* puede interferir, converger u oponerse con la propia, consideradas todas las circunstancias, y *a posteriori* del conflicto de pretensiones, no habrá más que convergencia o complementariedad en la relación inicialmente divergente, como han mostrado Serna y Toller<sup>115</sup>. De allí que el tratamiento violento del otro, además de consistir en una negación del propio carácter personal, destruye la posibilidad de transformar una pretensión que es sentida como verdadera en una verdad objetiva, adecuada al propio sujeto, con consecuencias frustrantes. “Al enfrentarse con la pretensión del otro, aparece como insuficiente el inmediato sentimiento subjetivo de verdad, y por tanto, de legitimidad de la propia pretensión. Comprendemos que esta no puede tener el carácter de imperativa para el otro, sino de comunicable, de manera que pueda acercarse a la del otro y pueda ser aceptada por este, ya porque no es opuesta a mi pretensión, ya porque es coincidente; esto es, que mi pretensión resulte compatible con la del otro” (Cotta, 1987a, 47). La insuficiencia del sentimiento subjetivo de verdad conduce a la admisión de una verdad objetiva, comunicable.

Esto último se relaciona con el carácter material de la vía jurídica. Como se ha visto, dicho camino parte del reconocimiento mutuo. Dicho reconocimiento no lo es

---

<sup>115</sup> Cfr. Serna y Toller, 2000, 91-98 y *passim*.

solo respecto del carácter digno del otro, sino que se extiende también al carácter intangible de algunos bienes, merecedores de un respeto absoluto. Estos bienes intangibles que surgen del reconocimiento constituyen junto con otros que son creados mediante un acuerdo el contenido de la alternativa jurídica. El acuerdo debe establecerse respecto de todo lo demás en lo que haya oposición.

Cada solución de una oposición de pretensiones supondrá, por tanto, además del reconocimiento de la igual capacidad de pretensión del otro, la aceptación del carácter cognoscible o racional de determinados bienes y la capacidad de llegar a los acuerdos necesarios respecto de todas las pretensiones restantes en las que haya oposición o colisión.

De lo dicho se desprende el carácter razonable de cada una de las soluciones concretas de los enfrentamientos entre pretensiones divergentes. Se trata, en definitiva, de soluciones razonables porque serán soluciones en la medida en que puedan darse razones que las sostengan, razones que residirán en última instancia en determinados valores intangibles o en acuerdos. Esas soluciones razonables no sirven solo para la resolución de un conflicto puntual, sino que se plasman en materiales normativos que sirven como puntos de partida para la resolución de múltiples conflictos de pretensiones sustanciales en lo similar, es decir, análogos.

La vía jurídica viene impuesta, por tanto, por la propia dinámica de las acciones humanas, en la que el hombre, además, comparece como un fin en sí mismo que posee una naturaleza racional. Frente a cualquier conflicto, la solución será verdaderamente tal si es razonable; a partir de allí, cabe erigirla como norma de conducta conforme a la cual se arreglarán conflictos similares al resuelto. Cuando esto último tenga lugar, la norma en cuestión deberá ser interpretada en alguno de sus múltiples sentidos razonables. Una interpretación irrazonable de la norma en sí misma razonable supondría un retroceso a la violencia, y en esa medida una violación de la dignidad humana. O, dicho con otras palabras, la interpretación irrazonable de los hechos que dan lugar a las pretensiones, o de las normas que sirven como punto de partida para la solución de la colisión, conducen inevitablemente a la frustración de la vía jurídica.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis, 2000, "Reglas y principios en el razonamiento jurídico", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 4: 593-602.
- AKEHURST, Michael, 1992, "The application of general principles of law by the Court of Justice of the European Communities", *The British Year Book of International Law*, 1981: 29-51.
- ALEXY, Robert, 1994, *Theorie der Grundrechte*, 2a. ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp. Spanish edition: 1997, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- , 1997, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Barcelona, Gedisa.
- , 1998, "Derechos, razonamiento jurídico y discurso racional", *Derecho y razón práctica*, 2ª. ed., México: Fontamara, 21-33.
- , 2002, *A theory of constitutional rights*, trad. de J. Rivers, Oxford University Press.
- , 2003, "On balancing and subsumption", *Ratio Iuris* 16: 433-449.
- , 2005, *La institucionalización de la justicia*, trad. de J. A. Seoane, E. R. Soderó and P. Rodríguez, Granada: Comares.
- , 2006, "Discourse theory and fundamental rights", *Arguing fundamental rights*, trad. de Agustín Menéndez y Erik Oddvar Eriksen, 15-29, Dordrecht, Springer.
- , 2007, "The weight formula", *Frontiers of the economic analysis of law*, vol. 3, Stelmach, Jerzy, Brożek, Bartosz, Załuski, Wojciech (editors), 9-27, Cracow: Jagiellonian University Press.
- , 2011, "Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional* 31: 11-29.
- , 2012, "Rights and liberties as concepts", *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Rosenfeld, Michel y Sajó, Andrés (editores), 283-297, Oxford University Press.

- AUBY, J. M, 1979, "Le contrôle juridictionnel du degré de gravité d'une sanction disciplinaire", *Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger* enero-febrero: 227-238.
- BALLESTEROS, Jesús, 1984, *Sobre el sentido del Derecho. Introducción a la Filosofía Jurídica*, Madrid: Tecnos.
- BARAK, Aharon, 2012, *Proportionality. Constitutional rights and their limitations*, Cambridge University Press.
- BARNES, Javier, 1994, "Introducción al principio de proporcionalidad en el Derecho comparado y comunitario", *Revista de la Administración Pública* 135: 495-499.
- BERMANN, George A, 1978, "The principle of proportionality", *The American Journal of Comparative Law* XXVI: 415-432.
- BEAUCHAMP, Tom y CHILDRESS, James, 1989, *Principles of biomedical ethics*, Third Edition, Oxford: Oxford University Press: 53.
- BIX, Brian, 2011, "Radbruch's formula and conceptual analysis", *Am. J. Juris* 56 (1): 45-57. doi: 10.1093/ajj/56.1.45.
- BOYLE, Joseph, 1980, "Toward understanding the principle of double effect", *Ethics* 90-4: 527-538.
- BOYRON, Sophie, 1992, "Proportionality in english administrative law: A faulty translation?", *Oxford Journal of Legal Studies* 12: 237-264.
- BRAIBANT, Gregorie, 1974, "Le principe de proportionnalité. Mélanges offerts à Marcel Waline", *Le juge et le droit public*, t. II, 297-306. Paris: Librairie Générale des Droit et Jurisprudence.
- CIANCIARDO, Juan, 2001, "Cognitivismo débil, pretensión de corrección, injusticia y principios en el razonamiento judicial. Una visión crítica", *Ideas y Derecho. Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho* I: 105-138.
- , 2007, *El ejercicio regular de los derechos constitucionales. Análisis y crítica del conflictivismo*, Buenos Aires: Ad-hoc.
- , 2009, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno principio de proporcionalidad*, 2a. ed., Buenos Aires: Ábaco.

- , 2010, "The Principle of proportionality: the challenge of human rights", *Journal of Civil Law Studies* 3: 177-186.
- COMANDUCCI, Paolo 2004, "Formas de (Neo) constitucionalismo: Un análisis metateórico", CARBONELL, Miguel (editor), *Neoconstitucionalismo(s): una síntesis de la teoría neoconstitucionalista*, Madrid, Trotta.
- COTTA, Sergio, 1987a., *El derecho en la existencia humana*, trad. de I. Peidró Pastor, Pamplona: Eunsa.
- COTTA, Sergio, 1987b., *Itinerarios humanos del Derecho*, trad. de J. Ballesteros, Pamplona: Eunsa.
- CRUZ, Luis M., 2006, *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*. México: Porrúa.
- EMILIOU, Nicolas, 1996, *The principle of proportionality in european law. A comparative Study*, London: Kluwer Law International.
- FINNIS, John, 2000, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de C. Orrego, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- GARCÍA LLERENA, Viviana, 2012, *El principalismo bioético y sus interlocutores. Notas críticas a la bioética contemporánea*, Granada: Comares.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina, 1990, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- GAVARA DE CARA, Juan Carlos, 1994, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- GEORGIADOU, A. N., 1995, "Le principe de la proportionnalité dans le cadre de la Jurisprudence de la Cour de Justice de la Communauté Européenne", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 81: 532-541.
- GÜNDISCH, Herbert-Jürgen, 1983, "Allgemeine Rechtsgrundsätze in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof", *Das Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes in der aktuellen Rechtsentwicklung*, Baden-Baden: 97.
- HERVADA, Javier, 2008, *Introducción crítica al Derecho natural*, Buenos Aires: Ábaco.
- HIRSCHL, Ran. 2004, "Towards juristocracy", *The origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge: Harvard University Press.

- JIMÉNEZ CAMPO, Javier, 1983, "La igualdad jurídica como límite al legislador", *Revista Española de Derecho Constitucional* 9: 71-114.
- LANDAU, David, 2010, "Political institutions and judicial role in comparative constitutional law", *Harvard International Law Journal* 51: 319-374.
- LINARES, Juan F., 2010, *Razonabilidad de las leyes. El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución argentina*, Buenos Aires: Astrea.
- MASEK, Lawrence, 2010, "Intentions, motives and the doctrine of double effect", *The philosophical quarterly* 60-240: 567-585.
- MIRANDA, Alejandro, 2008, "El principio de doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico", *Revista chilena de Derecho* 35-3: 485-519.
- MIRANDA, Alejandro, 2014, *El principio del doble efecto*, Hildesheim - Zürich-New York, Georg Olm Verlag.
- ORREGO, Cristóbal, 2010, "Supuestos conflictos de derechos humanos y la especificación de la acción moral", *Revista chilena de Derecho* 37-2: 311-342.
- ORREGO, Cristóbal, 2015, "Principio de proporcionalidad y principio de doble efecto", *Una propuesta desde la Filosofía del Derecho*, *Dikaion* 24:117-143.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, 1990, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid: Debate.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, 2004, "El constitucionalismo de los derechos", *Revista española de Derecho Constitucional* 71: 47-72.
- RIVAS, Pedro (editor), 2005, "Natura, Ius", *Ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, Piura: Ara Editores.
- RIVAS, Pedro, 1999, "Notas sobre las dificultades de la doctrina de la ponderación de bienes", *Persona y Derecho* 41-2: 105-119.
- ROMANO, Bruno, 1987, *Relazione e Diritto tra moderno e postmoderno. Interpretazione del "Sistema di Universale Dipendenza" con Heidegger e Lacan*, *Lezioni 1986-87*, Roma: Bulzoni.
- ROMANO, Bruno, 1988, *Soggettività, Diritto e postmoderno. Una interpretazione con Heidegger e Lacan 1987-88*, Roma: Bulzoni.
- SAPAG, Mariano, 2010, "El Derecho ante la muerte. Consideraciones jurídicas y morales en torno a la 'eutanasia' y la 'ortotanasia'", *Revista de Derechos Humanos* 2010-1: 171-192.

- SCHWARZE, Jürgen, 1992, *European administrative law*, Luxembourg: Sweet and Maxwell.
- SEOANE Rodríguez, José Antonio, 1999, "La persona, el retraso mental y el Derecho", SEOANE RODRÍGUEZ, José Antonio (editor), *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental*, 33-89, A Coruña: Fundación Paideia.
- SERNA, Pedro y Toller, Fernando, 2000, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires: La Ley.
- , 1998, "El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo", MASSINI, Carlos, y SERNA, Pedro (editores), *El derecho a la vida*, 23-79, Pamplona: EUNSA.
- , 2002, *Proyecto docente y de investigación*, A Coruña.
- , 2005, "Presentación", CRUZ, Luis M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos XIII-XIX*, Granada: Comares.
- SIECKMANN, Jan, 2007, "Human rights and the claim to correctness in the theory of Robert Alexy", PAVLAKOS, George (editor), *Law, rights and discourse. The legal philosophy of Robert Alexy*, 189-205, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing.
- URBINA, Francisco, 2012, "A critique of proportionality", *American Journal of Jurisprudence* 57: 49-80.
- VELARDE, Caridad, 1997, *Liberalismo y liberalismos*, Pamplona: Eunsa.
- VIGO, Alejandro, 2004, *La noción de principio desde el punto de vista filosófico. Algunas reflexiones críticas*, Sapientia LIX, 196-221.
- WEBBER, Grégoire C. N., 2010, "Proportionality, balancing, and the cult of constitutional rights scholarship", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* XXIII-1: 179-202.
- WILLOUGHBY, Westel Woodbury, 1929, *The constitutional law of the United States*, New York: Baker, Voorhis and Company.
- ZAMBRANO, Pilar. 2012. "L' orizzonte comprensivo delle nostre pratiche costituzionali", *Ars Interpretandi* 12: 135-157.



## CAPÍTULO QUINTO

Autonomía y acción: a propósito de algunas  
distinciones lingüísticas

Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ



# CAPÍTULO QUINTO

## Autonomía y acción: a propósito de algunas distinciones lingüísticas

---

Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ<sup>116</sup>

### I. SITUACIÓN

**1**. Nuestro lenguaje, lo mismo que los de nuestro entorno, distingue entre algo “muerto” (persona, animal, vegetal y, por extensión, cosas) y alguien que “mata”. Un niño de corta edad sabe distinguir y emplear el lenguaje con suficiente precisión para distinguir *morir y matar*, entre la producción de la muerte y que alguien actúe matando. De manera semejante, entre lo dañado o quebrado y el golpear o romper. La distinción es tan obvia y primitiva como específica de nuestro modo de entendernos, y en ella se expresa cómo procedemos en la agencia (lo “activo” y lo “pasivo”), en nuestras relaciones cotidianas, como también en las jurídicas más técnicas y elevadas. Dicha distinción primitiva va unida a otra también universalmente asumida: la que media entre lo que “ha sido sin querer” (para casos de mera producción de resultados o estados de cosas) y aquello que hacemos “queriendo” (tanto activa como omisivamente), y de lo que somos responsables: no es lo mismo matar que *ser responsable* de haber matado.

2. A raíz de distinciones tan básicas, me voy a referir a la acción humana responsable como expresión de autonomía: respondemos de lo que hacemos porque

---

<sup>116</sup> Profesor ordinario (catedrático acreditado) de Derecho Penal de la Universidad de Navarra (pablosostiz@unav.es). Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad (modalidad de excelencia; DER2014-52980-P) “Veinte años del Código Penal, 1995-2015: Estudio de los ‘modelos preventivos’ de la ‘sociedad de la seguridad’”.

somos autónomos. Mi exposición entronca así con los temas de este simposio. Y también en dicha línea, me referiré a otro sentido de la expresión, a la idea de autonomía como ámbito de libertad de acción: la autonomía de las “libertades” políticas. Se trata de enlazar ambas facetas de la autonomía: la referida a la acción o “subjetiva”, y la que concierne a la política u “objetiva” (por relación al otro aspecto). En ambos casos se trata de la toma de decisiones, y por tanto de *acciones*. Me propongo analizar en qué medida la autonomía es el elemento común de ambas facetas.

3. En mi exposición comienzo por algunas expresiones sobre la acción humana (II): primero, la distinción básica que media entre “matar” y “morir” (II.1); y luego, el uso del verbo matar cuando afirmamos “has matado” (II.2). La referencia a estas distinciones lingüísticas no pasa de ser un mero punto de partida y no aspira a construir una completa teoría. Después trazaré una exposición en términos más constructivos o sistemáticos sobre las dos facetas de la autonomía (III). Por último, afronto algunas objeciones que este planteamiento puede suscitar en el contexto del Estado liberal (IV).

## II. DOS DISTINCIONES LINGÜÍSTICAS

### 1. Una primera distinción: “morir”/“matar”

1. Afirmer de algo que está muerto no designa por principio un significado adscriptivo o imputativo, sino más bien descriptivo. En cambio<sup>117</sup>, en la medida en que “matar” apela a una acción y un agente, sí porta sentido adscriptivo. Y para lograr dicho sentido debe respetar la exigencia de que el agente tenga conocimiento y voluntad –dicho ahora de manera todavía imprecisa. A su vez –también de manera poco precisa– el error (desconocimiento, ignorancia) y la fuerza sufrida (*vis absoluta*, coacción, amenaza) hacen desaparecer el conocimiento y la voluntad,

---

<sup>117</sup> Téngase en cuenta que ambos verbos provienen de orígenes distintos. Así, el “matar” castellano parece derivar del latín vulgar “*mactare*”, que significa sacrificar algo a los dioses, cuyo significado activo viene a ser el de otros verbos de uso más antiguo como “*interficere*”, “*necare*”... En todo caso, significados de conducta activa, frente al significado pasivo de “morir”, del latín “*mori*” (en alemán: *töten*, frente a *sterben*; y en inglés: *to kill*, frente a *to die*).

respectivamente. De este modo, la refutación de la afirmación sobre “matar” se puede llevar a cabo por ambas vías: si se da desconocimiento o fuerza sufrida por el sujeto. Pero nada de eso se presenta en el uso del verbo “morir”, “muerto”, cuya refutación, solo se da si el término de referencia vive. Igualmente, y por eso mismo, algo puede morir tanto por una conducta como por un suceso natural; mientras que matar se aplica a las conductas de un sujeto. De este modo, afirmar que algo muere es un juicio empírico sobre la realidad y no referido necesariamente a la acción; incluso cuando recae sobre la acción, designa el efecto, sin prejuzgar la acción que lo produce. Hasta aquí, nada nuevo. Prestemos ahora más atención a la afirmación contenida en “matar”.

2. Cuando afirmamos de algo o alguien que “mata”, designamos una cualidad de la acción: claramente en las personas, pero por extensión también en las cosas (“el veneno mata” o “hay amores que matan”). En tal caso emitimos juicios no meramente descriptivos, sino adscriptivos, es decir, imputativos. Así, matar designa una acción, la cual exige un agente, y posee un contenido de reproche (del que luego trataremos: II.2), que puede faltar por cualquiera de las vías que hacen desaparecer la acción: tanto el desconocimiento como la violencia. Y ello porque para poder referirnos a una acción se requiere conocer y querer. A partir de aquí comienzan las dificultades para precisar ese *conocer y querer*. El lenguaje corriente no concreta mucho más, por lo que nos vemos obligados a seguir indagando sobre dichas exigencias de la acción. Así, siendo conocimiento el referido tanto a los elementos fácticos de la situación como a la apreciación que hace el Derecho de tales datos, no puede afirmarse que se conoce de igual modo en uno y otro caso. La secular distinción de error *facti* y error *iuris* es clave en tal sentido, pero no evita las dificultades de separar lo fáctico y lo jurídico<sup>118</sup>. Y de modo paralelo, siendo voluntad tanto la que quiere esos datos fácticos, como la que se pronuncia contra la valoración normativa de la acción, no podemos afirmar que sea lo mismo “querer” en uno y otro caso. Y de nuevo aquí es

---

<sup>118</sup> Como también es relevante atender a la distinción entre error e ignorancia. Aquí, sin embargo, no me detendré en estos matices.

clave la distinción antigua entre *vis absoluta* y *vis moralis* (coacción y amenaza)<sup>119</sup>. De donde resulta que conocer y querer recaen sobre una doble referencia (el hecho y el Derecho) y se entrecruzan mutuamente (*error facti/iuris, vis absoluta/moralis*). Tampoco se trata ahora de algo novedoso respecto a las exigencias de la responsabilidad personal. Pero me interesa mencionarlo porque pone de manifiesto cómo la acción ofrece una doble dimensión: lo fáctico y su valoración. De donde debería ser que, para cada una de tales dimensiones, se requiera conocer y querer; y mejor, con terminología diversa. Así, propongo diferenciar entre conocer (sobre lo fáctico) y saber (sobre lo normativo), y entre volición (sobre lo fáctico) y voluntariedad (sobre lo normativo). Esta exposición sobre la acción no cuestiona todavía la cualidad de la conducta (buena o mala, indiferente, justa o injusta...): sobre esto trataremos enseguida (II.2, párrafo 2). De momento, se pone de manifiesto cómo la atribución de una acción es algo distinto de la valoración que esta recibe.

3. Llegados a este punto, es natural preguntarse qué queda de la intencionalidad de la acción, una categoría tan predicada en la filosofía moral, de la que no he tratado hasta ahora<sup>120</sup>. La *intencionalidad* forma parte del lenguaje moral, vulgar o no, y resulta polisémica<sup>121</sup>, por lo que para ser empleada con sentido exige alguna precisión. Ante todo, con la intencionalidad no se trata de un juicio de carácter empírico,

---

<sup>119</sup> Un profundo análisis de ambas categorías en el ámbito de la filosofía de la acción es el llevado a cabo por Mañalich, *Nötigung und Verantwortung*, Baden-Baden, 2009, *passim*. El autor se basa en categorías de la doctrina de la *imputatio*, de las que demuestra un profundo conocimiento, y hace rendir de forma muy fructífera para reinterpretar las categorías de coacción y amenaza como supuestos de (no) imputación a quien las padece. Sin embargo, la exposición aquí trazada difiere de la de Mañalich en algunos aspectos, como el de la capacidad de motivación, que él considera propia del segundo nivel de imputación (*cfr.*, p. 49).

<sup>120</sup> Me he referido a estas cuestiones en otros lugares. *Cfr.* Sánchez-Ostiz, *Imputación y teoría del delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*, Montevideo, Buenos Aires, 2008, *passim*; y en diversos trabajos recopilados ahora en *Id.*, *La libertad del Derecho Penal y otros estudios sobre la doctrina de la imputación*, Barcelona, 2014, *passim*.

<sup>121</sup> Polisemia que, por cierto, aqueja también a expresiones claves y muy frecuentemente empleadas como *conocer* y *querer*.

sino adscriptivo o imputativo. En eso reina acuerdo<sup>122</sup>. Y dentro de lo imputativo, en ella cabe distinguir dos niveles o términos de referencia, y sendas funciones. Así, la intencionalidad puede predicarse de un curso de acción en el que el sujeto se ve inmerso, para poder hablar precisamente de un hecho y no de un suceso –para lo cual se requiere *conocer y volición*. Y puede predicarse también de un curso de acción en el que el sujeto se ve comprometido como agente en sentido pleno –para lo cual se requiere saber y *voluntariedad*. Es conveniente por tanto referirse a una doble intencionalidad: la que necesitamos para imputar algo, un curso de acción, como hecho<sup>123</sup> (intencionalidad básica o de primer orden, basada en el conocer y la volición), y la que exigimos para poder atribuir esa acción como reprochable o como meritoria (intencionalidad de segundo orden, basada en el saber y la voluntariedad)<sup>124</sup>. Solo entonces, únicamente al llegar a esta operación de imputación, puede hablarse propiamente de acciones libres, de libertad<sup>125</sup>. Pero entonces ya estamos ante la segunda distinción lingüística que deseo señalar, la que expresamos con “has matado”.

## 2. Una segunda distinción: “matar”/“has matado”

1. En nuestras relaciones cotidianas nos atribuimos responsabilidad, mediante juicios del estilo: “has obrado mal”, o “te has comportado debidamente”, o “¡bien hecho!”... A este género de juicios pertenece también el “has matado”. No se trata de una afir-

---

<sup>122</sup> A pesar de que no faltan voces desde las *neurociencias* para negar la libertad. Se trata de algo a tener en cuenta ante la insistencia de algunos neurocientíficos por negar la libertad de la acción humana, y que recuerdan los antiguos empeños del positivismo naturalista por reducir la acción humana a la enervación sensible.

<sup>123</sup> Obsérvese que el uso de las expresiones “acción” y “hecho” difiere en cierto modo del que es habitual en otros contextos, incluido en la doctrina jurídico-penal (cfr. Sánchez-Ostiz, *La libertad del Derecho Penal*, pp. 19, 81-82). En este planteamiento, pienso que obran buenas razones para considerar como hecho el producto de la primera imputación (intencionalidad de primer orden).

<sup>124</sup> Sobre la diferenciación en la intencionalidad, cfr. Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Fráncfort d.M., 1989, pp. 46-47.

<sup>125</sup> En el caso de acciones conformes a la norma (ni contrarias, ni supererogatorias), la intencionalidad de segundo orden procede de suyo, directamente, una vez que se constata que se ha obrado de acuerdo con la norma de conducta.

mación meramente descriptiva. Pero tampoco de un juicio meramente adscriptivo en sentido estricto. Se trata de un proceso complejo que integra operaciones de imputación y valoración. A esto me voy a referir en este epígrafe.

Ciertamente para poder afirmar “has matado” se requieren otros juicios previos o implícitos, y cuya relevancia no puede pasar desapercibida. En concreto, afirmar que alguien ha matado presupone que ha actuado, lo cual, como venimos diciendo (II.1) es fruto de un primer juicio imputativo. Procede después un segundo juicio imputativo, el que atribuye esa acción a título de reproche o de premio, en su caso. Se trata de los dos juicios de carácter adscriptivo, expresión a su vez de la intencionalidad de primer orden y segundo orden, respectivamente. Gracias a que atribuimos al sujeto una intencionalidad de primer orden, imputamos el proceso en el que se ve inmerso como un hecho (u omisión); y en virtud de la de segundo orden, imputamos al sujeto agente su hecho a título de reproche (o de mérito si se trata de una acción supererogatoria)<sup>126</sup>.

2. En este proceder, no podemos pasar por alto la consideración o valoración que recibe la acción realizada e imputada con base en la intencionalidad de primer orden, y anterior a referirnos a la de segundo orden. Así, entre ambos juicios imputantes, media una operación cuyo sentido es valorar o medir la acción llevada a cabo. Como fruto de tal operación, afirmamos, por ejemplo, que ese matar es contrario a Derecho, o que la acción de engañar atenta contra la Ética... No se trata tampoco de un juicio meramente descriptivo (a todas luces, entre “has matado” y “el agua hierve a cien grados” media una distinción *sintáctica* o funcional y no solo semántica) en el que el sujeto imputante se limite a constatar la existencia de requisitos, sino de una operación en la que se imbrican imputación y valoración: así, requiere primero que algo haya sido imputado como obra humana (y no meramente “del hombre”), como hecho u omisión, y se encamina a la imputación a título de demérito (o de mérito, cuando proceda); pero no constituye propiamente un juicio de imputación, sino de medición o valoración. Es el momento de la consideración de la

---

<sup>126</sup> Cfr., *supra*, nota 124.

acción como “típica” (en Derecho Penal, Civil...) o del “objeto moral” de la acción (en expresión más propia de la Ética).

Esta operación intermedia (entre ambos juicios de imputación), de valoración o medición, se lleva a cabo aplicando a la acción imputada una regla de comparación. Dicha regla es la que aporta la pauta de conducta que regía para el agente en el momento de actuar y que deriva de las respectivas normas de conducta. Se evidencia así el papel de las reglas de conducta, distintas a las que rigen las operaciones de imputación de las que veníamos tratando. Reflexionemos ahora sobre el modo de operar estas reglas de conducta: todo agente se guía por pautas, sean de la naturaleza que sean, y son esas pautas las que después son empleadas por el sujeto imputante para medir o valorar la acción. La regla de conducta despliega así dos funciones: rige hacia el futuro, o en prospectiva, para lo que está por hacerse; y sirve hacia el pasado, o en sentido retrospectivo, para medir o valorar lo ya hecho. De este modo, ambas funciones de las reglas de conducta se entrelazan con las dos operaciones de imputación del siguiente modo: i) regla de conducta y decisión de acción con arreglo a dicha pauta; ii) imputación de la acción realizada como un hecho (con base en conocer y volición); iii) valoración de ese hecho imputado en comparación con la que fue pauta de conducta; y iv) imputación del hecho como demeritorio (con base en saber y voluntariedad) si es que era contrario a la pauta, o bien meritorio si se obró más allá de la pauta. En i) y iii) operan reglas de conducta, mientras que en ii) y iv), reglas de imputación.

Dicho modo de proceder rige por igual en las diversas operaciones de atribución de responsabilidad en la vida cotidiana: tanto en Derecho como en Ética, en los juegos como en los idiomas, en la buena educación y en cualquier orden normativo<sup>127</sup>. De este modo, las reglas de conducta operan tanto para el que va a obrar,

---

<sup>127</sup> En efecto, de manera semejante procedemos en los diversos ámbitos normativos, sean o no jurídicos. Así, para afirmar de alguien que es descortés, primero hay que atender a un curso más o menos concreto de acción, que luego se valora como rudo o maleducado, para a continuación “echárselo en cara” a alguien. También para *reprochar* a alguien que “habla mal un idioma”, es preciso comparar lo que dice con las *reglas* del idioma, y antes por lo menos, *que diga algo*. Y de manera semejante en los juegos: desplazar el caballo de ajedrez

como para el que aprecia que se ha obrado: primero expresa una pauta de conducta (i), y después sirve para afirmar si se obró o no de acuerdo a la regla, bien o mal... (iii). Así, cuando afirmamos que se obró de acuerdo o no a la regla, estamos valorando lo realizado, midiéndolo y comparándolo con esta. Dicha operación no afirma que se ha realizado algo (ii: imputación de primer nivel, con atribución de la intencionalidad de primer orden), ni reprocha por haberlo hecho mal (iv: imputación de segundo nivel, con atribución de la intencionalidad de segundo orden)<sup>128</sup>: solo valora o mide con arreglo a un baremo de medición. Dicha operación es producto por tanto de un juicio de aplicación de la regla de conducta al caso concreto ya realizado. Esta operatividad de las reglas de conducta (“debes hacer esto”, “no hagas eso”, “te está permitido reaccionar”...) se distingue de lo propio de la operación de imputación, razón por la cual parece aconsejable mantenerlas separadas de las reglas de imputación (“decimos que actúas, si conoces y controlas la situación”; y “te es reprochable que, aun sabiendo y pudiendo hacer otra cosa, hubieras actuado así”...). En definitiva, esta operación de valoración del hecho conforme a la regla de conducta (empleada ahora como baremo de medición) no debe confundirse con el juicio de atribución de algo como hecho, que le precede, ni con el juicio de su atribución como desvalorado (demérito o culpabilidad), que le sigue. Atribuir algo –una acción– como hecho (y lo correspondiente vale para la omisión) es presupuesto para poder valorarlo a continuación conforme a una regla de conducta. Y dicha valoración, a su vez, es presupuesto para poder atribuirlo al agente como culpable.

3. Si se admite lo anterior, entonces es preciso aceptar que ambos órdenes de reglas se exigen mutuamente: no es posible imputar sin contar con que existían re-

---

linealmente es algo incorrecto e impropio de quien desee ser tomado, no ya como jugador competente, sino sencillamente como jugador a secas, como “interlocutor” válido; pero antes es preciso, al menos, haber movido de alguna manera el caballo.

<sup>128</sup> Veo preferible emplear la terminología de imputación de primer nivel (*imputatio facti*) e imputación de segundo nivel (*imputatio iuris*), pero se trata de una cuestión que ahora puede dejarse de lado. En esta exposición, por generalizar la terminología, empleo también la de *intencionalidad*. Cfr., sin embargo, la terminología empleada en Sánchez-Ostiz, *Imputación y teoría del delito, passim*.

glas de conducta dirigidas al sujeto, las mismas empleadas luego como baremo de medición de lo realizado; y no es racionalmente posible una pauta de conducta sin que pueda imputarse un hecho a su destinatario, como agente potencial<sup>129</sup>. Se trataría sencillamente de un sinsentido. Puesto que ambas operaciones se dan sucesivamente y se entrelazan (pauta–imputación–valoración–imputación), conviene preguntarse por lo que las diferencia y lo que las une.

De entrada, las operaciones de valorar e imputar tienen en común que ambas se expresan en juicios que no son meramente descriptivos o empíricos, los cuales “no hablan el mismo idioma” que las operaciones de imputación y valoración<sup>130</sup>. Los juicios de imputación y valoración, a pesar de presentarse imbricados, se distinguen por su carácter: los imputativos atribuyen una realidad (el hecho o el reproche) que se da al emitirse, mientras que los de valoración se dan porque se aplica un preexistente baremo de medida (la regla de conducta que regía en el momento de actuar)<sup>131</sup>. A su vez, dentro de los imputativos o de intencionalidad, los hay que expresan una intencionalidad de primer orden (el juicio de atribución del hecho sobre la base del conocer y volición), frente a los de una intencionalidad de segundo orden (el juicio de reproche por un hecho ilícito, con base en el saber y la voluntariedad). Atribuir un hecho a un agente se basa en una intencionalidad humana básica, mientras que atribuirlo a título de reproche concierne a agentes libres en sentido pleno.

---

<sup>129</sup> Como ha puesto de manifiesto Mañalich, *Nötigung und Verantwortung*, pp. 36-46, aunque exista una diferencia categorial (p. 46) entre imputación y contrariedad a la norma, la norma de conducta no puede sustraerse a la posibilidad de valorar una acción conforme a ella (pp. 44-45).

<sup>130</sup> Cfr. Puppe, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3ª. ed., Göttingen, 2014, pp. 33-54.

<sup>131</sup> Lo anterior también supone que a las tres clases de normas de conducta (prohibitivas, prescriptivas y facultativas) que operan hacia el futuro para el agente que va a actuar, siguen otras tantas especies de medición del hecho: así, nos referimos a comisiones y omisiones para las dos primeras; y nos deberíamos referir a permisiones para la tercera clase de norma (en sentido estricto, se trataría de “permisiones” y “exenciones”, referidas respectivamente a prohibiciones y prescripciones, como su excepción). Puesto que la operación de medición empleando en sentido retrospectivo las reglas de conducta se corresponde con el estadio de la tipicidad, se califican los hechos al ser medidos, como tipos comisivos, omisivos o causas de justificación.

De todo lo expuesto, cabe expresar ahora que, en efecto, media una distinción entre el “está muerto” (descriptivo) y “has actuado” (imputativo de primer nivel). Pero hay también una distinción entre su valoración negativa una vez comparado con la norma del hecho (como “homicidio”) y “has matado” (imputativo de segundo nivel). Solo al llegar al final podemos afirmar con propiedad “eres responsable de homicidio”. Se evidencia así que, la atribución de responsabilidad, aunque cuenta con datos empíricos<sup>132</sup>, consiste propiamente en juicios imputativos y valorativos. Obsérvese que es, en su consideración como típico, cuando puede cambiar la consideración del hecho, que deja de ser homicidio para tratarse de una legítima defensa, por ejemplo. Una conclusión que, al ponerse en relación con la reflexión moral sobre el “objeto de la acción”, la “especie del acto”, etc., puede ser muy ilustrativa.

4. Mi propósito al partir de estas distinciones “lingüísticas” básicas era simplemente iniciar la reflexión sobre la acción. Nos han permitido apreciar cómo se ven implicadas en la agencia dos clases de reglas: las que rigen las conductas y las que rigen la imputación; además, ambas imbricadas entre sí (pauta–imputación–valoración–imputación). La idea de autonomía afecta a ambos órdenes de reglas. Se encuentra asociada, por un lado, a la imputación, por cuanto permite hablar de un hecho y de un sujeto agente (subjética); y, por otro lado, está vinculada a los ámbitos de acción, de libertad y acción, es decir, de reglas de conducta (objetiva). Me propongo a continuación atender a sus contenidos (en III).

### III. LAS DOS FACETAS DE LA AUTONOMÍA COMO EXPRESIÓN DE AGENCIA

1. Lo expuesto hasta el momento no difiere esencialmente de planteamientos ya conocidos sobre teoría de la acción. A continuación, intentaré aunar las dos facetas de la autonomía (objetiva y subjética), con el fin de ver en qué medida resulta común

---

<sup>132</sup> Sobre el valor de los datos científicos en las construcciones normativas, *cfr.* Molina Fernández, “¿Culpabilidad sin libertad?”, Cancio, Meliá y Sánchez, Feijoo, *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Cizur Menor, Navarra, 2008, pp. 220-224.

el significado del concepto. En concreto, abordaré en este epígrafe cómo se presentan la autonomía subjetiva y objetiva en el proceso de progresiva determinación de las decisiones para la acción, tanto del agente individual como del legislador respectivamente<sup>133</sup>. Con otras palabras, la cuestión de si significa lo mismo autonomía para hacer responsables a las personas (subjetiva), y autonomía para otorgarles libertades (objetiva). Me referiré primero al ámbito de la acción individual (párrafo 2); y luego, al de la decisión de reglas de conducta del legislador para los ciudadanos (párrafo 3).

2. Entendida la acción como un proceso de *determinación intencional del sujeto*, cuando el agente individual actúa, ejerce su autonomía. Y dicha autonomía (en sentido subjetivo) permite la imputación al sujeto, en la medida en que pone en juego entendimiento y voluntad, en ambos niveles de imputación: el conocer y la volición (respecto a elementos fácticos), más el saber y la voluntariedad (para elementos normativos)<sup>134</sup>. Pero también se hace presente la autonomía en su faceta objetiva o creadora de ámbitos de acción; es decir, de reglas de conducta, las cuales se imbrican con los juicios de imputación. Dicho de otro modo, si autonomía significa determinarse a actuar, por lo que es posible *ser hecho responsable*, implica que se han empleado *reglas para la acción*, las cuales son reglas en la medida en que el agente se las propone y hace suyas. Deseo centrarme ahora en la primera de las funciones de las reglas de conducta (descrita *supra*, II.2, párrafo 2, i): la que se pone de manifiesto en la fase de concreción de una norma en pautas concretas y personales de actuación. Veámoslo.

Dejando ahora aparte las “reglas de imputación”, nos centramos en las de conducta, y en particular en su función prospectiva o de futuro. Desde dicho punto de vista, hay que explicar cómo pasamos de la norma general a la acción concreta,

---

<sup>133</sup> Si la toma de decisiones es algo común a la agencia “individual” y a la “política” (en el bien entendido de que resulta difícil hablar de una acción individual y no política, tema al que ahora no deseo referirme), surge la cuestión de si el recurso a la autonomía en ambos órdenes posee el mismo sentido.

<sup>134</sup> Lo expreso ahora sin excesivas precisiones, pero la distinción de lo fáctico y lo normativo en ese contexto exigiría matices que no puedo abordar en este momento.

cómo ejerce la norma su función configuradora de decisiones, de acciones concretas y ejerce un efecto vinculante en el destinatario. En este plano, distingo tres niveles en un enunciado obligacional. En el plano más abstracto, contamos con la *norma* (prohibitiva, prescriptiva o permisiva<sup>135</sup>); y en un nivel de “concreción para la acción” o de “regla de conducta”, tanto el *deber* (sea una prohibición, sea un mandato) como la *permisión* (facultad)<sup>136</sup>. El paso de la norma al deber (y a la permisión) requiere una actividad del destinatario, eventual agente. En concreto, se requiere extraer y formular ese deber (y la permisión, cuando proceda), porque las normas “no se concretan solas”, o *per se*, sino que exigen una actividad intelectual, previa a la decisión volitiva por la acción, en la que se implica el destinatario de la norma. Para ello, es preciso contar con una categoría deóntica adicional, cuya función sea que el destinatario concrete y pueda llegar a actuar. Se trata de las denominadas “incumbencias”<sup>137</sup>.

En sentido operativo o funcional, las *incumbencias* (de conocer y de disposición<sup>138</sup>) son instrumentos de concreción de la norma en deber (o, donde corresponda, en permisión). La incumbencia “precede” al deber y “sigue” a la norma; dependerá aquella de cuál sea la norma a la que vienen a hacer operativa. Puesto que las normas no son expectativas garantizadas de forma automática, sino mediante decisiones (de

---

<sup>135</sup> Cfr. *supra*, lo expresado en nota 131: estas tres clases de normas darán lugar a otras tantas modalidades de tipos cuando sean empleadas proyectándolas hacia lo ya realizado, para valorarlo.

<sup>136</sup> Puesto que la facultad es el contradictorio lógico de las prohibiciones y prescripciones, se podría hablar del no-deber para referirse a las facultades de obrar. Estas, a su vez, difieren de las facultades de las conductas permitidas con carácter general.

<sup>137</sup> Me he referido más en detalle a esta categoría y su modo de proceder en diversos lugares: cfr., ahora Sánchez-Ostiz, “¿Incumbencias en Derecho Penal? –Depende”, *InDret Penal* 1/2015, *passim*, con más amplias referencias.

<sup>138</sup> Entiendo que se presentan de una doble forma. En concreto: i) las *incumbencias de conocer*, referidas tanto a la norma (“está prohibido matar”) como a los datos fácticos (estoy manejando un instrumento peligroso en un entorno en el que alguien puede resultar herido); y ii) las *incumbencias de disposición*, referidas a la actuación (ejercer la volición) y seguir la norma (con voluntariedad). El contenido de ambas incumbencias rezaría así: i) “si eres destinatario de una norma, preocúpate de conocer esta y las circunstancias del caso para saber cuál es tu deber”, ii) “y procura mantener la disposición (-ones) de poder cumplirlo”. Dicho contenido obraría como presupuesto de la incumbencia, cuya consecuencia sería: “de lo contrario, se te imputará igualmente”. Cfr. Sánchez-Ostiz, *InDret Penal*, *op. cit.*, p. 15.

cumplimiento y ejercicio), se exige que su destinatario extraiga y concrete en su caso el deber. Las incumbencias aseguran la eficacia de las normas, para lo cual se exige concretar tanto el contenido normativo (premisa mayor) como las condiciones de aplicabilidad (premisa menor) del silogismo práctico del agente destinatario de la norma y sacar la conclusión<sup>139</sup>. Sin la incumbencia de conocer, tanto la norma como los datos fácticos, el mensaje del imperativo resultará inoperante, pues quedará en expresiones meramente descriptivas, sin “*functor*” deóntico posible (daría lo mismo afirmar “llueve” que “¡no debes matar!”). Así, una norma que no cuente con un destinatario que la concrete resultaría vana y fútil<sup>140</sup>. Por lo que puede decirse que pertenece a la constitución racional (racionalidad práctica) del destinatario concretar la norma en deber para el caso singular (silogismo práctico), y ordenarse a sí mismo a actuar en cada situación<sup>141</sup>. Por tanto, todo imperativo parte de la constitución racional del destinatario, quien goza de libertad hasta donde surja el deber, y a quien atañe mantenerse en condiciones de poder cumplirlo cuando surja<sup>142</sup>. Dicho de otro modo: en medio de la libertad general de actuación de que goza el destinatario de las normas, se cuenta también con que podrá cumplir, llegado el caso, los respectivos deberes<sup>143</sup>.

---

<sup>139</sup> Sobre la concreción de la norma en deber mediante el modelo del silogismo práctico, *cfr.* Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, pp. 54-60; Vogel, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Berlín, 1993, pp. 55, 70-72; Mañalich, *Nötigung und Verantwortung*, pp. 54-56.

<sup>140</sup> Ha señalado Molina Fernández, *Antijuridicidad penal y sistema del delito*, Barcelona, 2001, pp. 614-619, 643, cómo las normas no se cumplen por sí mismas (requieren de las secundarias o de sanción) así como tampoco se reestabilizan solas (exigen su vigencia en caso de infracción mediante la aplicación de sanciones). Véase también el planteamiento de Kindhäuser, *Gefährdung als Straftat*, pp. 132-136; y Vogel, *Norm und Pflicht*, pp. 36-37.

<sup>141</sup> *Cfr.* Sánchez-Ostiz, *La libertad del Derecho Penal*, pp. 149-150.

<sup>142</sup> *Cfr.* Mañalich, *Norma, causalidad y acción. Una teoría de las normas para la dogmática de los delitos de resultados puros*, Madrid, 2014, p. 134, en nota 119, remitiéndose a *Nötigung und Verantwortung*, pp. 67-74.

<sup>143</sup> A mi modo de ver, las incumbencias se distinguen de otras reglas de conducta como los “deberes”, porque en aquellas el presupuesto queda indeterminado (pero no deja de existir; y por eso no se trata de “principios”) y en manos del destinatario, para que sea él quien identifique los datos fácticos que pueden hacer que el deber sea operativo, así como los detalles de contenido de la norma y la conexión de esta al caso, y también para que se man-

Es evidente, en definitiva, que la idea de autonomía posibilita la imputación (en virtud de la concurrencia de una serie de condiciones de libertad: conocer y querer...), y enlaza también con ámbitos de acción, con reglas de conducta. En lo que hace a este segundo aspecto, la operatividad de las reglas de conducta entendidas como ámbitos de desarrollo personal o autonomía presupone contar con un destinatario racional, al que concierne la ideación de su deber de acción particular<sup>144</sup>. Este modo de explicar la autonomía se halla en la línea de una visión prudencial de la toma de decisiones.

3. Vayamos ahora al ámbito de la toma de *decisiones políticas*: allí donde se reconocen libertades mediante el enunciado de reglas de conducta, o faceta objetiva de la autonomía. Me centro en el proceder del legislador (político) respecto a los ciudadanos, destinatarios de sus leyes. Permanezco en la primera de las funciones de las reglas de conducta, descritas más arriba (II.2, párrafo 2), pero ahora me refiero al papel del “legislador”, del emisor de tales reglas. Lo cual significa tratar del sentido objetivo de la autonomía. Por autonomía en sentido objetivo considero los ámbitos de libertad de la persona en los que, a su vez, se veta la intromisión tanto de otras personas, como del poder público. Se habla así de esferas de autonomía como fuente para definir –prohibir– delitos, por ejemplo<sup>145</sup>. Tampoco a este ámbito

---

tenga en disposición de adaptar su conducta cuando llegue el momento concreto de cumplir el deber. Es decir, que le atañe precisar el deber concreto que sobre él recae. Por tanto, la operatividad de las incumbencias es *funcional*: sirven a los fines de la concreción de la norma en deber (y permisión) en el caso singular. Lo cual se diversifica en dos direcciones: por un lado, incumbe al destinatario *conocer* tanto los datos fácticos (tengo delante a una persona y no un animal), como los contenidos normativos (está prohibido matar a otro), que son condiciones de aplicabilidad de la norma (¡prohibido matar!) en el caso concreto: es decir, el paso de la premisa mayor a la conclusión a través de la premisa menor. Y por otro, le incumbe también mantenerse en *disposición* de poder cumplir el deber ejerciendo la voluntad tanto para actuar (evitando la pérdida de control y ejerciendo la volición), como para actuar motivadamente por la norma conocida (evitando perder la voluntariedad requerida para seguir el deber). Cfr. *supra*, nota 138.

<sup>144</sup> *Ideación*, en cuanto proceso de determinación. Y *particular*, en cuanto que es suyo y para las concretas circunstancias del caso.

<sup>145</sup> Cfr. Robles Planas, *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho Penal Económico*, Montevideo, Buenos Aires, 2014, pp. 35-39, 85-86.

resulta ajeno el enfoque prudencial de la acción humana: las intervenciones políticas no dejan de ser decisiones. La adopción de decisiones políticas sobre la libertad de los ciudadanos (y por ello, sobre la autonomía en sentido objetivo) se plasma en un enunciado con pretensiones de vigencia y aplicación: en normas.

La adopción de una norma por el emisor encierra una decisión referida a ámbitos de conducta del destinatario (regla de conducta). A diferencia del proceso antes descrito (párrafo 2) del destinatario al concretar la norma en deber, ahora se procede en sentido inverso. Se trata, en efecto, de idear futuros deberes de acción de los destinatarios (qué clase de acciones desea el emisor que omitan o realicen), para lo cual se requiere enunciar normas. Si la situación de partida fuera la de un emisor que desea interactuar de manera inmediata con un destinatario y lograr de forma directa un curso de acción concreto podría enunciar el deber (“¡eh! No dispaes a V, a quien ahora estás apuntando”), pero incluso entonces se trataría de un deber enunciado para otro y no del deber *qua* deber, que solo se puede plantear un agente para sí. Es decir, que el deber es tal cuando el destinatario lo hace propio (“yo no debo, aquí y ahora, disparar a V”); mientras que, si se enuncia de forma general (“no dispaes”, “no mates”), se trata de una norma, pero no propiamente de un deber. Como decía, cuando el emisor enuncia normas de acción para los destinatarios, recorre el itinerario inverso al de los procesos de ideación del deber: si entonces es un modo deductivo de llegar a la conclusión (el deber), ahora se trata de un modo inductivo de acceder al enunciado de la norma. Se parte de múltiples estados de cosas que se desea lograr o evitar, para aunarlas y remontarse hasta una categoría genérica, abstracta<sup>146</sup>. Esta es la norma.

Así como el destinatario pasa de la norma al deber con ayuda de la incumbencia, el emisor requiere una categoría deóntica que cumpla una función “instrumental”

---

<sup>146</sup> Es mérito de Arthur Kaufmann, *Das Verfahren der Rechtsgewinnung*, Múnich, 1997, *passim*, haber descrito los distintos itinerarios de determinación del Derecho a través de la deducción (propio del juez), inducción (del legislador) y abducción (de quien investiga el hecho), como tres formas de proceder con el silogismo, según se comience respectivamente por la premisa mayor, la premisa menor o la conclusión.

semejante. A mi modo de ver, cabe considerar la “aspiración hacia el bien común” como equivalente funcional de las incumbencias en este plano. Aunque la idea no se agota en dicha función, opera también como motor de la decisión. Así como la racionalidad práctica del destinatario de normas exige contar con el peculiar modo de ser de las normas (hay que precisarlas en deberes) y los destinatarios (dotados de capacidad prudencial, de juicio), el emisor cuenta con que las normas plasmen el bien común generando ámbitos de acción posibles y plausibles. Para lo primero, no puede prohibir o prescribir lo imposible o necesario; y para lo segundo, para que las normas sean plausibles, se requiere que generen el bien de los destinatarios. Y a este cabe denominarlo bien común. El bien común como motivo de la decisión da entrada a los principios<sup>147</sup>, y permite en concreto que el político cuente con “razones razonables” de su decisión. Se pone así de manifiesto el carácter prudencial de la decisión política.

4. Llegados a este punto, las dos facetas de la autonomía no serían en realidad tan dispares. Se trataría de la autonomía en función de si hablamos del destinatario de las reglas de conducta o de su emisor. La autonomía permite hablar de actuar

---

<sup>147</sup> En este punto, resulta clave partir de la distinción (Alexy, Dworkin...) entre principio y regla (me he referido a esta dualidad, por extenso, en Sánchez-Ostiz, *Fundamentos de Política Criminal. Un retorno a los principios*, Barcelona, 2012, pp. 49-85). Reglas son aquellos enunciados normativos susceptibles de aplicación a casos singulares (dotados de presupuesto jurídico y consecuencia jurídica). Son producto de la colisión entre principios. Bajo una regla puede subsumirse un caso, mientras que bajo un principio no es posible. Por principio entiendo un enunciado normativo con pretensiones de aplicación máxima e ilimitada, que no resulta por ello mismo susceptible de aplicación (carece todavía de presupuesto jurídico y consecuencia). En efecto, se hallan dotados de tan elevado grado de abstracción que resultan inoperantes para la aplicación directa por subsunción. Por tanto, junto a unas normas que son de directa aplicación al caso (reglas), existen también enunciados normativos que, no siendo directamente aplicables, son condición de posibilidad y coherencia de aquellas (principios). Y a ellos acude también el juez para resolver un caso que no encuentra solución en la ley positiva (tanto las lagunas como los “casos difíciles”). La operatividad de un principio consiste en lograr la adopción de reglas, de decisiones; además, en que sirven para someter a crítica un juicio emitido sobre una acción (ley, sentencia, acto...). Los principios despliegan una carga crítica insustituible y sirven de criterio de verdad práctica para los enunciados concretos adoptados en leyes, etc. Además, los principios pueden orientar la toma de decisiones para grupos de casos nuevos. Y así, los principios inspiran la racionalidad de las decisiones.

humano, tanto en el ámbito de la agencia de la que somos responsables (a la que hemos calificado como sentido *subjetivo* de la autonomía), como de la política que crea espacios de libertades o autodeterminación (su sentido *objetivo*). En el primer sentido, además de hacer posible la imputación de la acción, explica el proceso de ideación de reglas de acción (concretos deberes) por el sujeto individual. Y en el segundo, da contenido a la decisión política orientada a los destinatarios de la norma (enunciación de reglas de acción). A ambas formas de decisión resulta común su planteamiento como proceso prudencial que despliega el agente.

#### IV. IMPUTACIÓN Y AGENCIA EN EL ESTADO LIBERAL

1. El planteamiento ahora trazado suscita al menos dos objeciones. Una, la de llevar consigo la intromisión del Estado en la esfera de la conciencia; y otra, la de encerrar la confusión de Derecho y Moral. En cuanto a la primera, porque no podemos eludir la referencia al Estado, como marco en el que se emiten normas de conducta y se efectúa la atribución de responsabilidad; si, además, dicho Estado es el de corte liberal, entre cuyos postulados no está precisamente entrar en la esfera de intimidad de los ciudadanos, cabe objetar que estaría inquiriendo de manera ilegítima la intencionalidad de segundo orden en la medida en que pertenece al ámbito de la conciencia (párrafo 2). Y en cuanto a la segunda, hay que revisar si el planteamiento prudencial del sujeto agente destinatario de normas que idea el deber concreto encierra una indebida confusión de Derecho y Moral (párrafo 3).

2. Al reflexionar sobre la atribución de intencionalidad de segundo orden, se percibe de inmediato que el reproche consiste en un juicio sobre la persona basado en su posicionamiento frente a la norma de conducta. Lo cual encierra un desafío a los postulados del Estado liberal, que dice ser respetuoso con la conciencia individual. Este desafío es, a mi modo de ver, más intenso de lo que parece. Me explico.

La intencionalidad de segundo orden exige indagar el grado de implicación del agente con base en su saber y su voluntariedad. Se trata, de acuerdo con el planteamiento que me parece más consistente, de reprochar al agente su obrar porque

se enfrentó a la norma de conducta, no en cuanto tal norma, sino por lo que esta encierra de bien. De este modo, solo se obra con voluntariedad cuando el agente se comprometa por el bien percibido como tal. Lo cual no parece darse en la conducta del delincuente, quien opta por cometer el delito por la razón que sea (cualquiera, pero no parece que sea por percibir el bien como tal, sino por odio, venganza, avaricia, placer..., o incluso “por hacer justicia”). En consecuencia, el delincuente no obraría con voluntariedad en dicho sentido, y no sería plenamente libre al delinquir; aun ejerciendo su libertad básica (antropológica) y obrando con volición (intencionalidad de primer orden), carecería de esa voluntariedad que es el requisito del pleno libre albedrío (la intencionalidad de segundo orden)<sup>148</sup>. Entonces, ¿por qué le castigamos?, ¿por qué castigamos en Derecho Penal si el delincuente no obra con plena libertad? A mi modo de ver, la respuesta es que la libertad existe ya con la potencia básica o libertad antropológica, y con el ejercicio de la volición; es decir, en las facetas de la libertad innata; y no necesariamente en la faceta de libertad adquirida (y la voluntariedad es libertad “adquirida”, en cuanto atribuida o imputada): con esa base de la libertad innata se daría ya el mínimo de intervención personal para poder imputar; lo cual significaría que no se precisa la libertad para la culpabilidad. Esto es, a pesar de que no exista la voluntariedad en sentido pleno, se atribuiría con base en un mal uso de la libertad, por un actuar al margen de lo que el agente debía realizar. De este modo, la atribución de responsabilidad penal se basaría, no en que efectivamente exista y se emplee, sino en su mal uso. Ahí reside la base del juicio de culpabilidad en cuanto *reproche* al agente por la conducta antijurídica. Esta visión significa que la culpabilidad no se funda propiamente en la libertad. Lo que sin duda se basa en la libertad es el Derecho, y sobre todo, “lo moral”. En cambio, en sede de culpabilidad penal la cuestión es otra: la de ese mal uso de la libertad. Este enfoque de la imputación de responsabilidad agudiza aún más la sospecha de intromisión ilegítima, pues no es el Estado quien para enjuiciar la interioridad y la

---

<sup>148</sup> Sobre estas categorías de la libertad, *cfr.* Sánchez-Ostiz, *La libertad del Derecho Penal*, pp. 187-202.

bondad o maldad del uso de la libertad: resulta implanteable que el Estado (y menos aún un Estado moderno dotado de medios técnicos muy desarrollados y, en esa medida, agresivos) indague en la intimidad o se arroge el papel de enjuiciador de las intenciones.

Dicha intromisión compromete la atribución de responsabilidad a las personas en la vida social y traiciona los postulados de la autonomía que llevaron a garantizar ámbitos de libertad. La manera de afrontar este desafío y superar la crítica de ilegitimidad no consiste, a mi modo de ver, en eludir el problema cambiando las denominaciones de las categorías. Requiere, en cambio, asumir la realidad de esos juicios de imputación (que son de carácter analítico, y no sintético). En concreto, pienso que la atribución de reproche con base en la oposición mostrada por el agente frente al mensaje normativo será legítima en el Estado liberal, siempre que se mantenga dentro de lo imprescindible para dicho juicio de imputación. De entrada, la consideración de la interioridad de los actos humanos no es algo ajeno al modo de proceder jurídico: así en el Derecho Penal, cuando exigimos el dolo o intenciones como el ánimo de lucro, por ejemplo; o en el Derecho Civil, cuando indagamos en los vicios de la voluntad por error o violencia, por ejemplo. Pero tampoco resulta ajeno al Derecho (Penal) el recurso al reproche, pues las categorías con las que estamos acostumbrados a imputar lo emplean: así, en sede de imprudencia, por ejemplo, cuando nos referimos a la infracción del deber de cuidado. Por tanto, no parece posible un Derecho Penal que opere imputando sin contar con tales elementos. Eso no significa que deba recurrir a ellos más allá de lo necesario. En este punto, pienso que no se trata de una cuestión cuantitativa (de si es legítimo entrometerse un tanto por ciento más o menos); es cuestión de que la intromisión pierde agresividad si atendemos a que la interioridad que estamos buscando para imputar es de carácter normativo. Es decir, que *se atribuye*, y no se constata, pues ni el dolo ni la imprudencia, tampoco el reproche, o ninguna otra categoría que consideramos subjetiva son realidades empíricas de la psique del sujeto, sino atribuciones sociales de intencionalidad, sin que supongan por tanto una inquisición en la interioridad, más bien una estandari-

zación de los elementos esperables de la conducta de un ciudadano. Dicha estandarización no es, en la inmensa mayoría de los casos, arbitraria o volátil; al contrario, si desea ser aceptada en un contexto intersubjetivo como operación de imputación, se halla vinculada a nuestras comprensiones sociales<sup>149</sup>. No se trata de una motivación detallada y concreta sobre los motivos íntimos de su decisión, basta con que el agente se dirija contra la norma en cuanto tal norma; es decir, que su decisión encarne una opción consciente de oponerse a la decisión que late bajo la norma emitida. Es decir, basta con que el agente se posicione contra la norma en cuanto medida del bien común; con otras palabras: que al obrar contra la norma contraviene o niega lo que esta representa en cuanto plasmación del bien común. En buena medida es esto lo que ya hacemos en la *praxis* del Derecho Penal. Mientras se mantenga en dicho ámbito y función, no cabe la tacha de intromisión estatal en la intimidad, pues se trata de una imputación de una intencionalidad normativizada.

3. El planteamiento aquí descrito sobre la ideación del concreto deber mediante un procedimiento prudencial por el sujeto agente destinatario de normas suscita también otra objeción: la de confundir Derecho y Moral. Y algo semejante cabría objetar para el legislador que, movido por la idea de bien común, emite normas para los ciudadanos. Sin embargo, considero que estas objeciones son infundadas.

En cuanto a la actividad del emisor de normas (el legislador), cabría expresar que dicho modo de proceder es plenamente jurídico, y que dar entrada a consideraciones de bien común es algo asumible intersubjetivamente y susceptible de argumentación racional; algo que, por lo demás, ya se viene haciendo al justificar las más variadas decisiones políticas. Las diferencias están en qué se entiende por “bien común”, pero por tal no se pretende exteriorizar un criterio de conciencia ni imponer parámetros de acción no generalizables: algo que iría en contradicción con la idea misma de bien común.

---

<sup>149</sup> Y no respetar estos condicionamientos es algo que caracteriza a modos de proceder totalitarios, cuya actitud de no respeto por el Derecho incluye la descalificación de las acciones ajenas (entre otras vías, mediante la atribución de intenciones).

Y en cuanto a la ideación prudencial de deberes por el destinatario de normas (el ciudadano), podemos expresar que la consideración de lo que le incumbe realizar no significa introducir una categoría meramente moral en el discurso de los deberes. Puesto que la incumbencia “precede” al deber concreto y “sigue” a la norma de conducta, dependerá de cuál sea la norma a la que vienen a hacer operativa. Es decir, que las incumbencias serán de la misma naturaleza que la norma que vienen a concretar en deber. Por tanto, una norma penal exigirá una incumbencia de ese mismo carácter; una norma de Derecho Administrativo que prohíbe u obliga tendrá también incumbencias de esa misma naturaleza administrativa; y así sucesivamente. Hasta el punto de que también las normas éticas vendrán acompañadas de incumbencias de tal carácter. Por tanto, no se trata de elementos éticos, cuerpos extraños ubicados “a escondidas” en el sistema jurídico.

4. Y por último, una consideración más general. Me refiero a la necesidad de “moralizar” el Derecho, como también de establecer su adecuada “deseticización”.

En efecto, por un lado, me parece necesario no perder de vista que el Derecho es un sector de la acción humana, es decir, de la moral (no de la ética: entiéndase) en cuanto saber sobre el actuar humano. La moral es entonces el saber referido a cualquier ámbito de acción sea del género que sea, jurídico o ético. A pesar de que a menudo se intercambian las expresiones “moral” y “ética”<sup>150</sup>, conviene precisarlas, para que la separación entre Derecho y Ética sea real. La acción es algo propio del ámbito del Derecho, como también de la Ética, pero sobre todo es algo que tienen en común ambos saberes: y eso es lo propio de la Moral, que se interesa por la acción humana, como objeto propio. Y dentro de la Moral, existen ámbitos de reflexión sobre la acción desde prismas más particulares: entre otros, el del Derecho (en donde habría que matizar el del Derecho Penal, frente al Civil, sobre todo), pero también el de la Ética, en cuanto reflexión sobre la acción humana desde un punto de vista racional (en donde, a su vez, habría que distinguir la reflexión según los puntos

---

<sup>150</sup> O se emplean en sentido inverso, de modo que el concepto común a ambos saberes sería la Ética, mientras que la Moral se hallaría frente al Derecho, como otro orden de acciones.

de vista desde los que se efectúa: religiosa o no, por ejemplo). Cuando me refiero a la “moralización” del Derecho, abogo por no abandonar en Derecho la reflexión sobre la acción humana que se da en los diversos saberes prácticos. En concreto, entiendo que no puede pasar por alto el jurista la común base de la acción y la reflexión sobre la agencia: ahí se dan cita reglas de conducta, reglas de imputación, parámetros de argumentación racional... Lo extraño sería prescindir de dicha base.

A la vez, soy partidario de abogar por una “deseticización” del Derecho, es decir, de mantenerlo adecuadamente separado de la Ética. La debida separación entre Derecho y Ética (no con la Moral, pues esta es la reflexión sobre la conducta humana, común por tanto a todo orden de acción) no puede ignorar la intersección parcial de ámbitos normativos y de imputación, como también los criterios de separación entre uno y otra. En un Estado liberal lo anterior puede sonar extraño, pues la diferenciación entre Derecho y Ética se plantea en ocasiones como si fueran irreconciliables. Pero llega el momento de “hacer las paces”, sabiendo que cada uno no puede vivir al margen del otro.

## V. CONCLUSIONES

1. En la vida cotidiana realizamos afirmaciones muy diversas al referirnos a la acción humana. Así, distinguimos “morir” (“está muerto”) y “matar”; y también entre “matar es algo prohibido” (“homicidio”) y “¡has matado!”. Solo al llegar a este punto podemos, con propiedad, hacer responsable a alguien de lo realizado. Tras estas operaciones laten juicios de carácter imputativo, como también otros de valoración o medición, cuya diversa naturaleza aconseja mantenerlos conceptualmente separados, a pesar de que se hallen imbricados en la práctica.

2. La autonomía como cualidad del actuar requiere emplear tanto reglas de conducta, cuya concreción por el sujeto agente se lleva a cabo pasando de la norma al deber (o facultad), en donde operan las *incumbencias*, como reglas de imputación, con base en una serie de condiciones (conocer y querer...). Lo cual plantea la autonomía en una visión prudencial de la toma de decisiones sobre la acción. También es de carácter prudencial el proceso de adopción de decisiones por el legislador al

concretar normas de conducta, gracias a la intervención de la búsqueda del *bien común* como criterio de racionalidad.

3. Al tener en cuenta que las normas operan en el marco de un Estado de corte liberal, cabría objetar que no sería legítimo ejercer por este el reproche que la imputación encierra. Sin embargo, aunque el Estado liberal no atienda a las razones de la decisión del destinatario de la norma al actuar, no es descabellado exigir una mínima razón de la actuación: la decisión por la norma en cuanto medida del bien común; por tanto, la imputación de responsabilidad con base en un reproche por el mal uso de la libertad no hace ilegítima la atribución de responsabilidad en el Estado liberal, siempre que no perdamos de vista el carácter de los juicios de imputación que emitimos en dicha sede.

A su vez, hay que revisar si este planteamiento encierra una criticable confusión de Derecho y Moral. Sin embargo, esta visión prudencial de la acción humana no supone una indebida conexión ni confusión de Derecho y Moral, por cuanto también en el orden de la acción en el plano ético, se exige esa concreción de deberes por el propio agente, quien ha de asumir la fuerza obligante de la norma en su caso concreto y en sus circunstancias.





## **CAPÍTULO SEXTO**

---

Notas sobre Razón Práctica y Derecho

Ángela APARISI MIRALLES



# CAPÍTULO SEXTO

## Notas sobre Razón Práctica y Derecho

---

Ángela APARISI MIRALLES<sup>151</sup>

### I. RAZÓN TEÓRICA Y RAZÓN PRÁCTICA

El objeto de este trabajo es llevar a cabo una reflexión acerca de cómo el proceso de recuperación o rehabilitación de la filosofía práctica de corte aristotélico-tomista que, desde hace ya bastantes décadas, se ha venido desarrollando, fundamentalmente en Alemania y EEUU, ha supuesto una nueva reorientación en ámbitos muy diversos: desde el modo de entender el concepto de Derecho –rompiendo con la tradición positivista de fundamentar la validez de este tan solo en criterios formales–, hasta en el terreno relativo a la propia *praxis* de los operadores jurídicos. En concreto, cabe destacar, en este último campo, la recuperación del pensamiento aristotélico sobre la virtud, con aplicaciones prácticas en la reflexión sobre el modo de actuar, y también de *ser*, del jurista.

Como sabemos, ya Aristóteles mostró, claramente, que la primera división del saber es la que lo diferencia en especulativo, o teórico, y práctico<sup>152</sup>. Existen, así, cien-

---

<sup>151</sup> Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Navarra. Este texto es una versión actualizada del artículo “Razón práctica y praxis jurídica: algunas reflexiones”, publicado en la *Revista Persona y Derecho*, volumen 75, 2017/1, pp. 95-121.

<sup>152</sup> Aristóteles, *Acerca del alma*, trad. de Tomás Calvo Martínez, Gredos, Libro III, capítulos 9 y 10, pp. 110-112. En sus palabras: “En efecto, el intelecto teórico no tiene por objeto de contemplación nada que haya de ser llevado a la práctica ni hace formulación alguna acerca de lo que se ha de buscar o rehuir, mientras que, por el contrario, el movimiento se da siempre que se busca algo o se huye de algo... Así pues, uno y otro –es decir, intelecto y deseo– son principio del movimiento local; pero se trata en este caso del intelecto práctico,

cias teóricas o especulativas y ciencias prácticas. Esta división se corresponde, a su vez, con la diferenciación que es posible establecer en la actividad del conocimiento humano: encontramos una razón especulativa y una razón práctica. La distinción se basa, fundamentalmente, en el fin que nos proponemos al conocer. Podemos ejercitar nuestra razón para alcanzar la contemplación y la comprensión de la verdad, o bien en función de la acción y de la propia conducta. La razón teórica persigue, fundamentalmente, el conocimiento en sí. Su objeto es siempre un inteligible. La razón se dirige al mundo de lo ya existente y penetrando en el dato sensible busca hacer surgir núcleos de inteligibilidad cada vez más separados de la materia. Su fin último es alcanzar los objetos, a título de puros inteligibles, aprehenderlos en su verdad, y descansar en su conocimiento<sup>153</sup>.

Frente a ello, la razón práctica no trata solo de captar la verdad, sino también de dirigir la actividad del hombre conforme a esa verdad conocida<sup>154</sup>. Su objeto no es, esta vez, un inteligible, obtenido por abstracción de la existencia concreta, sino un “operable, algo que todavía no ha sido *hic et nunc*, y a lo cual debe darse forma, algo que está aún por realizar o en lo que la idea de realización interviene de manera decisiva”<sup>155</sup>. Si la razón atiende a ese objeto no es, entonces, solo para entenderlo y descansar en su conocimiento, sino para orientar dicho conocimiento con vistas a la acción. Por ello, la meta de la razón práctica es la recta orientación de la vida humana, en el desarrollo de sus múltiples facetas.

Lo hasta ahora señalado no significa que, aunque el dinamismo intelectual sea distinto, el entendimiento práctico y el especulativo sean dos facultades o po-

---

es decir, aquel que razona con vistas a un fin: es en su finalidad en lo que se diferencia del teórico. Todo deseo tiene también un fin y el objeto deseado constituye en sí mismo el principio del intelecto práctico, mientras que la conclusión del razonamiento constituye el principio de la conducta. Con razón, por consiguiente, aparecen como causantes del movimiento los dos, el deseo y el pensamiento práctico: efectivamente, el objeto deseable mueve y también mueve el pensamiento”.

<sup>153</sup> Aquino, Tomás de, *Summa Theologica*, I-I, Cuestión 79, artículo 11, Madrid, 1993, Biblioteca de Autores Cristianos; Martínez Doral, J.M., *La estructura del conocimiento jurídico*, op. cit., p. 15.

<sup>154</sup> Véase, Martínez Doral, J.M., *La estructura del conocimiento jurídico*, op. cit., pp. 13 y ss.

<sup>155</sup> *Ibidem*, pp. 15-16.

tencias diferentes<sup>156</sup>. Se trata, por el contrario, de una sola. Como también señalaba Aristóteles: “El entendimiento especulativo se hace práctico por extensión”<sup>157</sup>. O, en palabras de Tomás de Aquino: “el entendimiento práctico conoce la verdad, como la conoce también el especulativo, pero ordena a la acción la verdad conocida”<sup>158</sup>. En este sentido, señala Martínez Doral que el entendimiento especulativo conoce la verdad y la conoce como teórica, pero si la orienta a la acción, al obrar humano, tal razón teórica se hace práctica<sup>159</sup>.

### 1. Razón teórica y positivismo jurídico

De acuerdo con lo indicado, tanto el razonamiento jurídico, como el moral, se insertan, lógicamente, en el ámbito de la razón práctica. Sabemos que esta realidad ha estado, hasta hace algunas décadas, oscurecida por la mentalidad moderna y su modelo predominante de ciencia<sup>160</sup>. Tal mentalidad tendía a situar ambos razonamientos en el campo de la razón teórica, lo que impedía comprender, adecuadamente, la naturaleza, tanto del Derecho, como de la Moral<sup>161</sup>.

<sup>156</sup> Cfr. Finnis, J., “Foundations of practical reason revisited”, *American Journal of Jurisprudence*, 50, 2005, pp. 109 y ss. Existe traducción castellana: “Revisando los fundamentos de la razón práctica”, *Persona y Derecho*, núm. 64, 2011/1, p. 15.

<sup>157</sup> Aristóteles, *Acerca del alma*, op. cit., Libro III, capítulo 10.

<sup>158</sup> Aquino, Tomás de, *Summa Theologica*, I-I, Cuestión 79, artículo 11, op. cit., p. 736-7.

<sup>159</sup> Martínez Doral, J.M., La estructura del conocimiento jurídico, op. cit., p. 14. Para una crítica a la deformación del sentido originario de la razón práctica, especialmente en Hume y Kant, vid. MacIntyre, A., *After Virtue*, Notre Dame University Press, Notre Dame, 1984 (1981). Sobre el debate actual en torno a la conexión entre razón especulativa y razón práctica, es interesante tener en cuenta las aportaciones de, entre otros, Steven Long y de Steven Jensen. Vid. Long, S., “Natural Law or Autonomous Practical Reason: Problems for the New Natural Law Theory”, en *St. Thomas Aquinas and the Natural Law Tradition: Contemporary perspectives*, Goyette, J., Latkovic, M.S., Myers, R.S. (Editors), Georgetown University Press, Washington D.C., 2004, pp. 65-193; Jensen, S., *Knowing Natural Law: From Precepts and Inclinations to Deriving Oughts*, Catholic University of America Press, Washington D.C., 2015.

<sup>160</sup> Cfr. Poole, D., “Relación entre razón práctica, justicia y ley. Relevancia actual de la perspectiva aristotélica tomista”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, número 24, 2007, pp. 409-439.

<sup>161</sup> Es interesante tener en cuenta que la mentalidad moderna cambió, también, el modo de entender, por ejemplo, las matemáticas. Para los griegos, las matemáticas eran relaciones existentes en la realidad. Su estudio revelaba la existencia de un orden cósmico. Sin embargo, la visión moderna alteró esa relación, al considerar que se trataban de construcciones de la mente humana. Así, a partir de Hobbes, se pierde la idea de Dios y la creación matemática es atribuida, de un modo exclusivo, al ser humano (Ballesteros, J., *Sobre el sentido del Derecho*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 23-24).

En lo que se refiere al Derecho, el hecho de desprender el razonamiento jurídico, de acuerdo con los parámetros modernos de ciencia, de la experiencia humana, exigiendo una absoluta exactitud “geométrica” en sus conclusiones, condujo, inevitablemente, al positivismo jurídico. En realidad, esta concepción será el resultado de trasladar los presupuestos del modelo moderno de ciencia, a la misma ciencia del Derecho. Como señala Ballesteros, el positivismo jurídico formalista es, en gran medida, la expresión del complejo de inferioridad del Derecho ante la ciencia moderna<sup>162</sup>. Por ello, esta concepción del Derecho nacerá del intento de convertir el estudio de este en una auténtica “ciencia”, que posea los caracteres propios de la nueva ciencia: permanencia, certeza, universalidad, etc. La “cientificidad”, o validez del conocimiento jurídico, se convertirá en una cuestión central. De acuerdo con lo señalado, y puesto que lo que caracteriza a los saberes científicos es su *avaloratividad*, también del Derecho, si pretende ser una ciencia, según los parámetros modernos, habrá que excluir los juicios de valor<sup>163</sup>. La ciencia jurídica, si quiere ser propiamente ciencia, deberá abstenerse de toda valoración, ya que ese será precisamente el sello distintivo del conocimiento científico<sup>164</sup>.

Ello, como ya se ha indicado, condujo a la conocida pretensión de neutralidad o “asepsia valorativa” en el jurista. Se entiende así que la función del operador jurídico no consiste en llevar a cabo un razonamiento práctico, abierto a la realidad y a las circunstancias histórico-temporales, sino teórico, efectuando una mera “descripción” y aplicación mecánica de la legalidad vigente. No se niega, en principio, la posibilidad de la existencia de una moralidad objetiva. Tan solo se afirma que la labor del jurista, entendida como un proceso automático y cerrado en sí mismo, debe dejar al margen cualquier elemento que no sea el estrictamente

---

<sup>162</sup> *Ibidem*, p. 19.

<sup>163</sup> Ballesteros, J., *Sobre el sentido del Derecho*, *op. cit.*, pp. 19 y ss.; Aparisi, A., *Ética y Deontología para juristas*, 2ª. ed., Pamplona, Eunsa, 2008, pp. 65 y ss.; Aparisi, A., “Introducción al concepto de Derecho”, De Lucas, J. (editor), *Introducción a la teoría del Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pp. 33-34.

<sup>164</sup> Aparisi, A., *Ética y Deontología para juristas*, *op. cit.*, p. 65.

positivo y descriptivo<sup>165</sup>. En definitiva, estamos ante el intento de distinción radical entre Derecho y Moral. Sabemos que uno de los postulados fundamentales del positivismo jurídico es, precisamente, la mencionada exigencia de separación entre el Derecho que “es” y el que “debe ser”. En este sentido, podemos recordar a Austin: “la existencia del Derecho es una cosa; su mérito o demérito otra”<sup>166</sup>. También en esta línea, señalará Kelsen: “La teoría jurídica pura es una teoría del Derecho positivo. En cuanto teoría...se propone contestar esta pregunta: ¿qué es y cómo es el Derecho?, mas no le interesa plantearse la cuestión en torno a cómo debe ser, con arreglo a qué criterio debe ser construido. Es ciencia jurídica, no Política del Derecho”<sup>167</sup>.

En muchas ocasiones, desde presupuestos no cognitivistas, la mencionada separación entre Derecho y Moral ha ido también acompañada de la relegación, de esta última instancia, al ámbito de lo meramente subjetivo. En este contexto, mientras que la ley representa la regla objetiva, la Moral no será más que una instancia relativa. Incluso, y al igual que ocurrió con respecto a la Filosofía, la Ética quedará afectada por un profundo complejo de inferioridad. Como sabemos, esta visión se encuentra estrechamente conectada con el emotivismo ético de los empiristas: la Moral es reducida a cuestión de gustos, a pura subjetividad. Los enunciados morales solo expresan emociones o sentimientos, con la pretensión de influir en los interlocutores. Como puso de relieve MacIntyre, de este modo, al no existir criterios para poder determinar lo mejor, o lo menos malo, el desacuerdo valorativo será interminable<sup>168</sup>.

Desde estas premisas, parece claro que la recuperación o “rehabilitación de la filosofía práctica”<sup>169</sup> que tuvo lugar, hace ya algunas décadas, fundamentalmente en

---

<sup>165</sup> Véase, Finnis, J., “Sobre la incoherencia del positivismo jurídico”, *La lucha por el Derecho Natural*, Santiago de Chile, Universidad de los Andes, 2006, Cuadernos de Extensión Jurídica 13.

<sup>166</sup> Austin, J., *The province of jurisprudence defined*, conf. 5, cit., Hart, H. L. A., *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, p. 256.

<sup>167</sup> Kelsen, H., *La Teoría Pura del Derecho*, trad. de L. Legaz y Lacambra, *Revista de Derecho Privado*, 1933, p. 9.

<sup>168</sup> MacIntyre, A., *After virtue*, London, Duckworth, 1985, pp. 6 y ss.

<sup>169</sup> Como textos clásicos, AAVV., M. Riedel (editor), *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Freiburg i. B., Rombach, 1972-74, t. I-II; AAVV, C. Pacchiani (editor), *Filosofia practica e scienza politica*, Albano, Francisci, 1980.

Alemania y EEUU<sup>170</sup>, supuso una nueva reorientación: permitió sentar las bases para superar las estrechas limitaciones del método positivista, del propio positivismo y de sus consecuencias en el campo de la Ética<sup>171</sup> y del Derecho. Con respecto a la Moral, se podría apuntar que la recuperación de la razón práctica ha determinado una mejor comprensión de su realidad. En este sentido, podríamos destacar que, quizá una de las características de la filosofía actual es la atención prestada a la acción humana y a su carácter intencional. En este punto podríamos destacar las aportaciones de, entre otros autores, Elisabeth Anscombe<sup>172</sup>, Alasdair MacIntyre<sup>173</sup>, Marta Nussbaum<sup>174</sup>, Germain Grisez, Joseph Boyle, John Finnis<sup>175</sup>, Russell Hittinger, Ralph McInerny<sup>176</sup>, Steven Long<sup>177</sup>, Steven Jensen<sup>178</sup>, Martin Rhonheimer<sup>179</sup> o Henry

---

<sup>170</sup> Cfr., sobre este tema Ballesteros, J., *op. cit.*, p. 79 y ss. Podríamos citar como motores de este movimiento, entre otros, a Ritter, J. (*Naturrecht bei Aristoteles*, Stuttgart, 1961), Spaemann, R. (*Zur Kritik der politischen Utopie*, Stuttgart, 1977) Arendt, H. (*La condición humana*, trad. de R. Gil Novales, Barcelona, Paidós, 1993), Finnis, J. (*Natural law & Natural Rights*, 2ª. ed., Oxford, Oxford University Press, 1980, 2011. Hay traducción castellana: Orrego, C., *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000), etc.

<sup>171</sup> Finnis, J., "Revisando los fundamentos de la razón práctica", *op. cit.*, p. 15.

<sup>172</sup> Vid., por ejemplo, Anscombe, E., "Modern Moral Philosophy", originally published in the *Journal Philosophy*, vol. 33, num. 124, January, 1958.

<sup>173</sup> MacIntyre, A., *After virtue*, *op. cit.*

<sup>174</sup> Nussbaum, M., *Love's Knowledge*, Oxford University Press, New York, 1990; Nussbaum, M., *The Fragility of Goodness. Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986.

<sup>175</sup> Entre otras obras, Finnis, J., *Natural Law & Natural Rights*, *op. cit.*; Finnis, J., *Fundamental of Ethics*, Georgetown University Press, Georgetown, 1983; Finnis, J., *Aquinas: Moral, Political and legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998.

<sup>176</sup> McInerny, R., *Ethica Thomistica*, Catholic University of America Press, Washington D.C., 1982; McInerny, R., *Aquinas on Human Action: A Theory of Practice*, Catholic University of America Press, Washington D.C., 1992; McInerny, R., *A First Glance At Thomas Aquinas*, Notre Dame (Indiana), University of Notre Dame Press, 1990.

<sup>177</sup> Long, S., "Natural Law or Autonomous Practical Reason: Problems for the New Natural Law Theory", *op. cit.*

<sup>178</sup> Jensen, S., *Knowing Natural Law: From Precepts and inclinations to Deriving Oughts*, *op. cit.*

<sup>179</sup> Rhonheimer, M., *Ley natural y razón práctica* (trad. de la versión alemana de 1987), Eunsa, Pamplona, 2000; Rhonheimer, M., *The Perspective of Morality: Philosophical Foundations of Thomistic Virtue Ethics*, Washington D.C., Catholic University of America Press, 2011, etc.

Veatch<sup>180</sup>. Así, por ejemplo, este último autor llevó a cabo una filosofía moral basada en la teoría de la acción de Aristóteles, posteriormente desarrollada por Tomás de Aquino. En concreto, en su obra *Swimming Against the Current in Contemporary Philosophy* reconoce su intención de rehabilitar a Aristóteles y a Tomás de Aquino como filósofos contemporáneos<sup>181</sup>.

Todo ello implica, en definitiva, una ruptura con el modo de pensar moderno, ya que es imposible abordar el estudio de la actuación humana recurriendo solo a presupuestos causalistas y mecanicistas<sup>182</sup>. Sabemos que también en el ámbito de la teoría de la justicia se advierte, en la actualidad, la existencia de corrientes que no quieren renunciar a intentar encontrar un fundamento racional, apelando, más que a cuestiones emocionales, a razones<sup>183</sup>.

## II. EL PAPEL DEL RAZONAMIENTO PRÁCTICO EN LA CREACIÓN DE UN “BUEN DERECHO”

Recordemos que la razón práctica se opone, tanto a la razón exacta, como a la voluntad arbitraria. Nos permite una búsqueda de la verdad, que ha de ser encontrada, y aplicada, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, de la realidad. Por ello, la nota más característica de este conocimiento es su carácter “situacional”, aunque no por ello relativo. La razón práctica aplica los primeros principios a las circunstancias específicas e irrepetibles de la realidad. Se ocupa de cosas “operables”<sup>184</sup>, de algo que todavía no ha sido realizado, como son las acciones humanas. Por ello, siguiendo a Tomás de Aquino, aunque sus primeros principios serían comunes a todos los hombres (preceptos absolutamente universales),

---

<sup>180</sup> Veatch, H., *Rational Man; A Modern Interpretation of Aristotelian Ethics*, Liberty Fund Inc., Indianapolis (Indiana), 2003; Veatch, H., *For an Ontology of Morals*, Northwestern University Press, Evanston (Illinois), 1971; Veatch, H., *Human Rights: Fact or Fancy*, Louisiana State University Press, Baton Rouge (Louisiana), 1985, etc.

<sup>181</sup> Veatch, H., *Swimming Against the Current in Contemporary Philosophy*, Catholic University of America Press, Washington D.C., 1990.

<sup>182</sup> Vid. Ballesteros, J., *Sobre el sentido del Derecho*, op. cit., p. 77; Wittgenstein, L., *Philosophische Untersuchungen*, Suhrkamp, Frankfurt, 1970.

<sup>183</sup> Gascón, M., “Consideraciones sobre el objeto de la Filosofía Jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, X, 1993, p. 214.

<sup>184</sup> Martínez Doral, J.M., *La estructura del conocimiento jurídico*, op. cit., p. 15.

cuanto más se desciende a lo particular, más excepciones encontramos (preceptos relativamente universales)<sup>185</sup>. En este sentido, y con respecto a la ley natural, ya afirmaba que:

... la ley natural, en cuanto a los primeros principios universales, es la misma para todos los hombres... Más en cuanto a ciertos preceptos particulares, que son como conclusiones derivadas de los principios universales, también es la misma... en la mayor parte de los casos; pero pueden ocurrir algunas excepciones... ya sea en cuanto al grado de conocimiento, debido a que algunos tienen la razón oscurecida por una pasión, por una mala costumbre o por una torcida disposición natural<sup>186</sup>.

En concreto, para ilustrar sobre el carácter práctico del razonamiento jurídico, Tomás de Aquino utilizaba el ejemplo del contrato de depósito. Ciertamente, de este tipo de contrato surge, en general, la obligación de devolver el objeto depositado a su dueño. No obstante, dicho principio no es absoluto, ya que pueden existir excepciones: por ejemplo, si el objeto depositado es un arma y su devolución puede implicar un serio peligro. En sus palabras:

... las conclusiones particulares de la razón práctica, la verdad o rectitud, ni es la misma en todos, ni en aquellos en que es la misma, es igualmente conocida. Así, todos consideran como recto y verdadero el obrar de acuerdo con la razón. Más de este principio se sigue como conclusión particular que un depósito debe ser devuelto a su dueño. Lo cual es, ciertamente, verdadero en la mayoría de los casos; pero en alguna ocasión puede suceder que sea perjudicial y, por consiguiente, contrario a la razón devolver el depósito; por ejemplo, a quien lo reclama para atacar a la patria. Y esto ocurre tanto más fácilmente cuanto más se desciende a situaciones particulares...<sup>187</sup>

---

<sup>185</sup> Aquino, Tomás de, *Summa Theologica*, I-II, Cuestión 94, artículo 4, *op. cit.*, p. 735. *Cfr.*, asimismo, Hervada, J., *Introducción crítica al Derecho Natural*, Pamplona, Eunsa, 2001, p. 139 y ss; González, A.M., *Moral, razón y naturaleza. Una investigación sobre Tomás de Aquino*, Pamplona, Eunsa, 1998.

<sup>186</sup> Aquino, Tomás de, *Summa Theologica*, I-II, Cuestión 94, artículo 4, *op. cit.*, p. 735.

<sup>187</sup> *Idem.*

Como se puede advertir en los textos anteriores, el aquinate también hace notar que las conclusiones particulares de la razón práctica no son igualmente conocidas por todos. Por ello, su verdad o rectitud no es la misma en todos a nivel de conocimiento particular, sino solo de conocimiento universal; y aún aquellos que coinciden en la norma práctica sobre lo concreto, no todos la conocen igualmente<sup>188</sup>. Así, pues, se puede concluir que, en el ámbito de la razón práctica, existen reglas o principios universales. No obstante, en las conclusiones particulares de estos principios puede haber excepciones, dependiendo de las diversas circunstancias que presente la realidad. A su vez, las leyes, ya sean extremadamente generales, o muy específicas, son todas “proposiciones universales de la razón práctica”<sup>189</sup>. Como sabemos, en su argumentación acerca del Derecho, Tomás de Aquino considera cada ley positiva como una proposición derivada de los primeros principios de la razón práctica, ya sea a modo de “conclusión”, o bien, más comúnmente, a través de lo que él denomina *determinatio*, una especificación racional, no deductiva<sup>190</sup>.

### 1. Principios del razonamiento práctico

Desde que, hace más de dos mil años, Platón y Aristóteles iniciaran el estudio sobre los contenidos de la razonabilidad práctica, muchos autores han identificado un número considerable de reglas en el razonamiento práctico<sup>191</sup>. Se puede entender que son principios de “sabiduría práctica” (o de “sentido común vital”), por lo que no vivir teniéndolos en cuenta sería tanto como actuar irracionalmente. Se trata, por ello, de exigencias que se refieren a la plenitud del bienestar humano o a la “vida lograda”. Para Tomás de Aquino, se trataban de exigencias, no solo de la razón y de la voluntad, sino también de la naturaleza humana.

---

<sup>188</sup> *Idem.*

<sup>189</sup> Aquino, Tomás de, *Suma Theológica*, I-II, Cuestión 90, artículo 1, *op. cit.*

<sup>190</sup> Aquino, Tomás de, *Suma Theológica*, I-II, Cuestión 96, artículo 4c, *op. cit.* Cfr. Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales*, trad. de C. Orrego, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pp. 282-290 y ss; Massini Correas, C.I., *El Derecho Natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999, pp. 80-81.

<sup>191</sup> Finnis, J., *Natural law & natural rights*, *op. cit.*, pp. 102 y ss; Grisez, G., “The first principle of practical reason: a commentary on the Summa Theologiae, 1-2, Question 94, Article 2”, *Natural Law Forum*, 4, 1965. Hay traducción castellana: *Persona y Derecho*, vol. 52, 2005.

Su larga tradición permite conectar estos principios, utilizando la terminología de Aristóteles, con las figuras del *phronimos* y del *spoudaios*<sup>192</sup>. Sabemos que el *phronimos* es, para el filósofo griego, el hombre que posee la *phronesis* o, lo que es lo mismo, la sabiduría práctica o la plena razonabilidad. El término también se podría traducir por prudencia. Según Aristóteles, “la prudencia es un modo de ser racional, verdadero y práctico, respecto de lo que es bueno y malo para el hombre”<sup>193</sup>. También Tomás de Aquino dedicó un lugar destacado a la prudencia, llegando a afirmar que: “La prudencia es la virtud más necesaria para la vida humana. Efectivamente, vivir bien consiste en obrar bien”<sup>194</sup>. Sobre ello volveremos más adelante. Por su parte, el *spoudaios* es el hombre virtuoso, esforzado, para el que siempre cabe el “aún mejor”<sup>195</sup>.

Para Finnis<sup>196</sup>, las reglas de la razón práctica permiten establecer un “método” o “camino” para elaborar el contenido concreto de la ley natural, siempre a partir de los primeros principios de la misma ley natural (principios que, en su opinión, serían *pre-morales*)<sup>197</sup>. Tales exigencias permitirían construir un entramado de directrices acerca de los requisitos básicos de la convivencia moral y jurídica<sup>198</sup>. Para Cotta se trataría de “las condiciones naturales del vivir humano”<sup>199</sup>. Por su parte, Christine Korsgaard se refiere a “algunos principios racionales que determinen que fines son merecedores de preferencia o persecución...razones incondicionales para tener ciertos fines, así como principios incondicionales de los cuales se deriven esas razones”<sup>200</sup>. Estos fines han de ser “buenos, en un sentido que vaya más allá de lo deseable en un

<sup>192</sup> Finnis, J., *Natural law & natural rights*, *op. cit.*, p. 102.

<sup>193</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, libro VI, 5, 1140b, *op. cit.*, p. 273.

<sup>194</sup> Aquino, Tomás de, *Suma Theológica*, I-II, Cuestión 57, artículo 5, *op. cit.*, p. 440.

<sup>195</sup> Ballesteros, J., *Sobre el sentido del Derecho*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>196</sup> Finnis, J., *Natural law & natural rights*, *op. cit.*, p. 59 y ss.

<sup>197</sup> *Ibidem*, p. 86; asimismo, Poole, D., “Primer principio y primeros principios de la ley natural. Contrastes entre Santo Tomás y la Filosofía Moral de Germain Grisez y John Finnis”, *Revista de Derecho*, vol. 9, Universidad de Piura, 2008.

<sup>198</sup> Keown, J., George, R.P. (editor), *Reason, morality and law. The philosophy of John Finnis*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

<sup>199</sup> Cotta, S., *¿Qué es el Derecho?*, Madrid, Rialp, 1993, p. 54.

<sup>200</sup> Korsgaard, C., “The normativity of instrumental reason”, *Ethics & practical reason*, Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 230, 252.

caso particular”<sup>201</sup>. También Martha Nussbaum y Amartya Sen, entre otros muchos autores, han propuesto su propia lista<sup>202</sup>. Pero, lo que aquí nos importa es que, con independencia de diferentes enfoques o perspectivas, dicho contenido nos permite establecer ciertas bases sobre las que asentar el Derecho<sup>203</sup>. Como hemos indicado, ya para el aquinate, cada ley positiva puede entenderse como una proposición derivada de los primeros principios de la razón práctica.

Cuestión distinta, sería la indagación sobre el proceso –qué cualidades, método de razonamiento, etc., serían necesarios– mediante el cual se podría llegar, desde los primeros principios y bienes, hasta los juicios o enunciados, relativamente específicos, y aptos, para poder adoptarse como normas jurídicas en una comunidad política justa. Esto supera, evidentemente, los objetivos de este trabajo, por lo que no vamos a entrar ahora en ello. Tan solo insistimos en que estos principios y bienes, en la medida en que están en la base de las normas jurídicas, pueden ayudar a superar las concepciones del Derecho que, como por ejemplo, las de Austin o Kelsen –por volver a mencionar a estos autores– establecen como condiciones de validez del mismo, criterios exclusivamente formales<sup>204</sup>. Entre dichos principios, Finnis insiste en los que mencionamos a continuación<sup>205</sup>:

Sabemos que el primer principio de la razón teórica es el de no contradicción. En contrapartida, en el campo de la razón práctica, su primer principio establece que debemos actuar “hacia algún objetivo inteligible”<sup>206</sup> o, dicho de otra manera, presuponiendo la existencia de un plan de vida racional y coherente<sup>207</sup>. Siguiendo a J. Royce, “una persona, un yo individual, puede ser definido como una vida humana

---

<sup>201</sup> *Ibidem*, pp. 250-251.

<sup>202</sup> Alkire, S., *Valuing freedoms: Sen’s capability approach ad poverty reduction*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

<sup>203</sup> Massini Correas, C.I., *El Derecho Natural y sus dimensiones actuales*, *op. cit.*, p. 80.

<sup>204</sup> Finnis, J., “Revisando los fundamentos de la razón práctica”, *op. cit.*, p. 27.

<sup>205</sup> Finnis, J., *Natural law & natural rights*, *op. cit.*, pp. 59 y ss.

<sup>206</sup> Finnis, J., “Revisando los fundamentos de la razón práctica”, *op. cit.*, p. 29.

<sup>207</sup> A esta exigencia también se refiere Rawls en su obra *Teoría de la justicia*, trad. de M.D. González, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, pp. 450 y ss.

vivida de acuerdo con un plan”<sup>208</sup>. Se trata de poseer un proyecto de vida armónico, lo cual implica, entre otras cosas, asumir un orden vital, armonizar los compromisos, saber reorientar inclinaciones, reformar hábitos, abandonar viejos proyectos... Para conseguir tal plan de vida racional y coherente, puede resultar útil ver nuestra vida como un proyecto desplegado en un tiempo limitado<sup>209</sup>. O, como señala Finnis<sup>210</sup>, “Observar la propia vida desde el punto de vista imaginario de la propia muerte...”, siguiendo así el consejo de los sabios: “en todo lo que hagas recuerda tus últimos días” (*Eclesiástico*, 7, 36). También Sócrates entendió que la Filosofía es, en cierta medida, la práctica del morir<sup>211</sup>. Adoptar esta perspectiva no implica tanto tener conciencia del momento de la propia muerte y de la posible existencia futura, como de elegir la atalaya más adecuada para establecer un proyecto de vida coherente para afrontar, de una manera realista y madura, el presente<sup>212</sup>.

El segundo principio remite a la exigencia de no establecer una preferencia arbitraria entre los valores humanos básicos. Tales valores son, para Finnis, autoevidentes, en el sentido de que sería irracional negarlos. Hervada, por su parte, se refiere a las “inclinaciones naturales cuyas reglas racionales forman la ley natural”<sup>213</sup>.

---

<sup>208</sup> Royce, J., *The philosophy of loyalty*, New York, 1908, p. 168 (citado en Rawls, J., *Teoría de la justicia*, *op. cit.*, p. 451; asimismo, la frase aparece citada en Finnis, J., *Natural law & natural rights*, *op. cit.*, p. 129).

<sup>209</sup> Finnis, J., *Natural law & natural rights*, *op. cit.*, p. 104.

<sup>210</sup> *Ibidem*, p. 129.

<sup>211</sup> Sócrates, *Fedón*, 64<sup>a</sup>., citado en Finnis, J., *Natural law & natural rights*, *op. cit.*, p. 130.

<sup>212</sup> *Ibidem*.

<sup>213</sup> Menciona las siguientes:

- a) La inclinación o tendencia a la conservación del ser –vida e integridad física y moral– frecuentemente llamada instinto de conservación;
- b) La inclinación a la unión conyugal de varón y mujer, formando ambos la comunidad primaria de la especie humana, ordenada a la generación y educación de los hijos;
- c) La inclinación a la relación con Dios, como manifestación de la *creaturidad*, dimensión constitutiva del ser del hombre;
- d) La tendencia al trabajo, como expresión de la índole dominadora y transformadora del hombre respecto al mundo circundante, y en conexión con ella, la tendencia al descanso y a la actividad lúdica;
- e) La inclinación a la sociedad política y a las varias formas de asociación, que proviene de la índole social del hombre;
- f) La tendencia a la comunicación, expresión también de la sociabilidad humana;

Más recientemente, otros autores, como por ejemplo Korsgaard, han entendido que las razones básicas para querer, establecen que es bueno en aquello que la acción procura, y bueno, de modo tal, que pueda decirse que proporciona una razón incondicional para actuar en persecución de ese bien o bienes o, al menos, para evitar lo que podría negar ese bien o bienes. De ese modo, y en definitiva, los bienes serían incondicionales, en el sentido de básicos o autoevidentes<sup>214</sup>.

Finnis, en su conocida obra *Natural law & natural rights* –aunque posteriormente ha matizado y completado algunas cuestiones como, por ejemplo, las relativas al bien del matrimonio, la vida, la amistad o la religión<sup>215</sup>–, afirmó que estos bienes podrían concretarse en los siguientes: a) la vida; b) el conocimiento; c) el juego; d) la experiencia estética; e) la sociabilidad (amistad); f) la propia racionalidad práctica; g) la religión<sup>216</sup>.

De acuerdo con lo anteriormente señalado, la razón práctica, que dirige nuestro actuar, no debe dejar de lado, despreciar, o considerar como único y exclusivo bien, uno de los mencionados valores. En mi opinión, esto no significa que algunos bienes, como por ejemplo la vida (presupuesto para poder realizar efectivamente

---

g) La inclinación al conocimiento y a las diversas formas de cultura y arte.

Asimismo, sostiene que, junto a estas tendencias naturales, hay que destacar unas “líneas de fuerza o leyes básicas del desenvolvimiento de dichas tendencias:

a) La ley de solidaridad entre los hombres, en cuya virtud cada hombre y cada colectividad es corresponsable, con los demás, en la obtención de sus fines;

b) La ley de la perfección y desarrollo: cada hombre en particular y la sociedad humana en su conjunto están llamados a un continuo perfeccionamiento, tanto material como moral y espiritual”. (Hervada, J., *Introducción crítica al Derecho natural*, op. cit., p. 146).

<sup>214</sup> Finnis, J., “Revisando los fundamentos de la razón práctica”, op. cit., p. 22.

<sup>215</sup> Cfr. Finnis, J., Grisez, G., Boyle, J., “Practical principles, moral truth and ultimate ends”, *American Journal of Jurisprudence*, 32, 1987, pp. 99 y ss. En concreto, este artículo comienza con las siguientes afirmaciones de los autores: “The natural-law theory on which we have been working during the past twenty-five years has stimulated many critical responses. We have restated the theory in various works, not always calling attention to developments. This paper reformulates some parts of the theory, taking into account the criticisms of which we are aware...” Asimismo, cfr. Finnis, J., “What is the common good and why does it concern the client’s lawyer”, *South Texas Law Review*, 40, 1999, pp. 42 y ss.

<sup>216</sup> Finnis, J., *Natural Law & Natural Rights*, op. cit., p. 85 y ss. Para una crítica a la *new natural law theory*, Wheatley, A.P., *In defense of New-Scholastic ethics: a critique of Finnis and Grize’s new natural law theory*, University of Manchester, 2015.

los demás), no sean considerados más importantes que otros<sup>217</sup>. Ciertamente, cualquier proyecto de vida implica una jerarquía de bienes y una preferencia por uno o unos. Pero ello no supone, ya que sería irracional, ignorar la importancia y trascendencia del resto. Así, por ejemplo, con independencia del valor que para una persona tenga el estudio, se deberá aceptar que el conocimiento es un bien en sí y, asimismo, que es preferible a la ignorancia o al error. Es evidente, por otro lado, que el mencionado elenco tiene una relevante trascendencia jurídica. En concreto, estos bienes básicos son, en la perspectiva de la *new natural law theory*, los que determinarían el contenido esencial del Derecho y, en última instancia, de los derechos fundamentales. Respecto de estos últimos, señala Finnis que para concretar los derechos:

No hay otra alternativa que tener en mente algún patrón o rango de patrones del carácter, conducta e interacción humana en comunidad, y luego escoger aquella especificación de derechos que tienda a favorecer ese patrón o rango de patrones. En otras palabras, se necesita alguna concepción del bien humano, del perfeccionamiento humano en una forma (o rango de formas) de vida en común, que aliente más que entorpezca, ese perfeccionamiento<sup>218</sup>.

El siguiente principio establece la obligación de no admitir preferencias arbitrarias entre las personas. Se trata de la exigencia, expresada en la discusión filosófica moderna, de que los propios juicios morales puedan ser *universalizables*<sup>219</sup>. En el ámbito no filosófico este principio se ha formulado, como recuerda Finnis, de muy diversas maneras: “Haz por (o a) los otros lo que querrías que ellos hicieran por (o a) ti... No condenes a los otros por lo que tú mismo estás deseoso de hacer... No impidas (sin una razón especial) a los otros conseguir para sí mismos lo que tú estás intentando conseguir para ti”<sup>220</sup>. Se tratan de exigencias razonables, en el sentido de que ignorarlas implicaría ser parcial y arbitrario. Con respecto al Derecho, la no exis-

---

<sup>217</sup> Para una crítica a esta cuestión, Wallin, A., “John Finnis’ natural law theory and a critique of the incommensurable nature of basic goods”, *Campbell Law Review*, 35, 2012, pp. 59 y ss.; Hittinger, R., *A critique of the new natural law theory*, Notre Dame, University of Notre Dame, 1987.

<sup>218</sup> Finnis, J., *Natural law & natural rights*, op. cit., pp. 85-97.

<sup>219</sup> *Ibidem*, pp. 107 y ss.

<sup>220</sup> *Ibidem*, p. 108.

tencia de preferencias arbitrarias entre las personas nos remite a la alteridad y, como consecuencia, al principio esencial de igualdad y no discriminación, entre otros.

El cuarto principio se refiere a la exigencia de imparcialidad frente a los propios proyectos vitales. Se trata de adquirir un cierto desprendimiento con respecto a los planes personales, en el sentido de que, aun cuando el proyecto de vida fracasara, no por ello la propia vida dejaría de tener sentido. De alguna manera, este principio es una consecuencia de los anteriores, ya que se presupone que la elección de un valor o bien no debe excluir la trascendencia e importancia de los demás. En el ámbito jurídico, por ejemplo, este principio tendría consecuencias prácticas en la prohibición de cualquier tipo de actuación voluntariamente encaminada a privar de la vida a una persona: pena de muerte, eutanasia, asistencia al suicidio... La razón de ello es que, por más que una persona actúe en contra de los principios más elementales de la convivencia humana, o fracase en todos sus proyectos vitales, no por ello su vida deja de estar desprovista de dignidad incondicional. De ahí, por ejemplo, la ilicitud de la pena de muerte: nunca los propios actos pueden desprover de dignidad ontológica a la persona que los lleva a cabo.

El quinto principio establece la necesidad de fidelidad frente a los propios compromisos y proyecto de vida. Para Finnis, este requisito no solo tiene una dimensión negativa (no abandonar frívolamente las exigencias derivadas del propio plan de vida), sino también positiva (buscar, de un modo creativo, el mejor modo para llevar adelante los propios compromisos). En el plano del Derecho esta exigencia se traduce en el principio esencial de la *fides*: tal y como ya afirmó Cicerón<sup>221</sup>, se trata de la “constancia y verdad en el empleo de la palabra por parte de los que contratan”, como base de la justicia. Estamos, en definitiva, frente a la exigencia jurídica universal del cumplimiento de los contratos y obligaciones libremente asumidas (matrimonio, filiación, adopción, compromisos contractuales, mantenimiento de la palabra dada...).

El siguiente principio exige actuar teniendo en cuenta las consecuencias de nuestras acciones. No obstante, este deber no puede convertirse en el criterio exclusivo para valorar la propia actuación. Lo que este principio establece es la nece-

---

<sup>221</sup> Cicerón, M.T., *De officiis*, I, 7, trad. de M. de Valbuena, Madrid, Espasa Calpe, 1968, pp. 33 y ss.

sidad de orientar, en cierta medida, las acciones de tal modo que puedan ser eficaces, que produzcan las consecuencias buscadas. Ello implica encontrar los mejores medios para conseguir los resultados perseguidos. Sin embargo, de acuerdo con lo afirmado hasta ahora, la búsqueda de un determinado bien nunca puede justificar la anulación de las restantes exigencias de la razonabilidad práctica ya mencionadas. En el campo del Derecho, ello tendría conexión con las exigencias de equidad y justicia social, frente a un enfoque exclusivamente individualista del mismo.

La séptima exigencia se refiere a la necesidad de respetar todo valor básico en cada acto humano. Se encuentra estrechamente relacionada con la anterior. Para Finnis se podría formular en el siguiente sentido: no se debe “elegir realizar ningún acto que de suyo no hace más que dañar o impedir la realización de o participación en una o más de las formas básicas de bien humano. Porque la única ‘razón’ para realizar un acto tal, además de la sinrazón de un deseo más o menos fuerte, podría ser que las buenas consecuencias del acto pesan más que el daño realizado en y a través del acto mismo...”<sup>222</sup>. Se trataría del principio, expresado de manera coloquial, de que “el fin no puede justificar los medios” o, dicho de otro modo, que “no está justificado hacer el mal para conseguir un bien”.

Este principio establece, por ello, que una acción determinada, si lesiona directamente un bien humano básico, es irrazonable, por muchas consecuencias deseables que tenga. El ejemplo que menciona Finnis es el supuesto de que matando a un inocente se pudiera conseguir la liberación de rehenes. En sus palabras: “por ejemplo, si el razonamiento *consecuencialista* fuera razonable, algunas veces uno podría razonablemente matar a una persona inocente para salvar la vida de algunos rehenes”<sup>223</sup>. En este caso encontramos una primera acción cuya finalidad es dañar, directa y definitivamente, un valor básico. Por ello, la actuación no estaría moralmente justificada.

---

<sup>222</sup> Finnis, J., *Natural law & natural rights*, *op. cit.*, p. 118.

<sup>223</sup> *Ibidem*, p. 119.

Para Finnis, sobre esta exigencia de la razonabilidad práctica se apoya, de manera clara, la estricta inviolabilidad de los derechos humanos (naturales) básicos<sup>224</sup>. En caso de que este principio no se respetara, todos los derechos humanos correrían peligro. Ningún derecho humano podría dejar de ser anulado si se permitiera que el cálculo de costes y beneficios (o el juego de la utilidad social o personal) decidiera la solución final<sup>225</sup>. Cuestión distinta sería el supuesto de que, al realizar una acción razonable, se dañara, indirectamente, cualquier bien básico. Estaríamos ante lo que, tradicionalmente, se ha denominado “voluntario indirecto”<sup>226</sup>. Para valorar adecuadamente estas situaciones es fundamental atenerse a la intención o finalidad con la que se lleva a cabo la primera acción.

---

<sup>224</sup> *Ibidem*, pp. 121-122.

<sup>225</sup> *Ibidem*, p. 122.

<sup>226</sup> Tradicionalmente se viene denominando voluntario indirecto a aquel acto que posee dos consecuencias propias: la primera, que es buscada como fin objetivo de la actuación, y la segunda, que surge como un efecto secundario, simplemente permitido o, incluso, no previsto. El primer acto, que es voluntario tiene, por ello, al menos, dos efectos: 1. El querido directamente; 2. El que se produce indirectamente. Cuando los dos efectos son adecuados no existe, lógicamente, problema alguno. Las cuestiones conflictivas se plantean cuando, al realizar una acción, de ella se sigue un efecto lícito y otro ilícito. Para valorar cuando es lícito llevar a cabo actos de doble efecto es necesario tener en cuenta los siguientes criterios:

- a) La acción que se realiza en primer lugar debe ser, desde un punto de vista ético, buena en sí misma o, al menos, indiferente. Por ello, la consecuencia negativa no debe ser el efecto *per se* de dicha acción. El efecto indirecto solo debe ser un riesgo que se corre, con justa causa, y que no se está obligado a evitar.  
Si este primer requisito no se cumple, de tal modo que la primera acción ya es incorrecta por su objeto, aunque los previsibles resultados fueran deseables, la actuación sería rechazable. Esta conclusión es, también, una consecuencia del principio de la razón práctica de que el fin no justifica los medios. O, dicho de otra manera, no es éticamente aceptable realizar inicialmente un acto incorrecto, aunque sea para alcanzar un bien.
- b) Como ya se ha indicado, el efecto bueno de la acción debe ser el primero, o inmediato. Por su parte, el efecto negativo debe ser secundario, de tal modo que, si es previsto, aparezca tan solo como permitido o tolerado.
- c) El fin, o intención del profesional, deben ser rectos e íntegros, en el sentido de que no se consienta, ni persiga, el efecto negativo.
- d) Que exista una causa o necesidad proporcionada, a la gravedad de las consecuencias negativas que pueda tener la actuación (*Cfr.* Aparisi, A., *Ética y Deontología para juristas*, *op. cit.*, pp. 226 y ss).

El octavo principio se refiere a la exigencia de ponderar, en cada actuación humana, la promoción del bien común, aspecto a tener especialmente en cuenta en el Derecho.

El último principio remite a la necesidad de actuar según la propia conciencia, incluso aunque esta sea invenciblemente errónea (ya que uno no es consciente de su equivocación y tampoco tiene los medios oportunos para poder salir de ella). Parece que el primero que formuló este principio fue Tomás de Aquino, al destacar la importancia de que la voluntad se encuentre siempre acorde con la razón, ya sea esta recta o equivocada. En sus palabras:

Y porque el objeto de la voluntad es lo que propone la razón... la voluntad toma razón de mal de lo que la razón le propone como mal, si es llevada a ello. Ahora bien, esto sucede no solo en lo indiferente, sino en lo que es de por sí bueno o malo, porque no solo lo indiferente puede recibir razón de bien o de mal por accidente, sino también lo que es bueno puede recibir razón de mal, y lo que es malo razón de bien... hay que decir sin reservas *que toda voluntad que está en desacuerdo con la razón, sea esta recta o errónea, siempre es mala*<sup>227</sup>.

Para Finnis, la dignidad de la conciencia, incluso de la errónea, tiene mucho que ver con la idea de que los principios de la razonabilidad práctica no son solamente mecanismos formales para conseguir enjuiciar correctamente una acción, *sino también aspectos mismos de la plenitud personal*, que deben ser respetados en toda actuación<sup>228</sup>. Por ello, este último principio nos remite a la importancia, en todo ordenamiento jurídico, de respetar las exigencias que se derivan del reconocimiento de la dignidad humana y de las distintas facetas de la libertad personal: de expresión, de pensamiento, de conciencia –incluyendo, por ejemplo, la objeción de conciencia–, etc.

---

<sup>227</sup> Aquino, Tomás de, *Summa Theologica*, I-II, Cuestión 19, artículo 5, *op. cit.*, p. 197.

<sup>228</sup> Finnis, J., *op. cit.*, p. 126.

### III. EL RAZONAMIENTO PRÁCTICO EN LA ACTIVIDAD COTIDIANA DEL “BUEN JURISTA”

Es claro que, cuando el razonamiento jurídico se inserta en el ámbito de la razón práctica, el centro de gravedad de la actividad jurídica se traslada desde el conocimiento teórico del Derecho, a un tipo distinto de razonamiento: inclina a completar una visión de la justicia, estrictamente limitada a lo “legalmente correcto”, con otra perspectiva en la que, por ejemplo, la equidad tiene un importante papel, con lo que se produce inevitablemente una revalorización de este principio<sup>229</sup>.

Dicho cambio de perspectiva tiene, a su vez, consecuencias evidentes en el modo de operar y de interaccionar con el Derecho de los propios juristas. Ello conecta también con la revalorización de la visión clásica aristotélica sobre el papel de las virtudes<sup>230</sup>, especialmente de la prudencia y de la justicia, no solo en el modo de trabajar de los juristas, sino también como requisito de su personalidad.

La virtud presupone las tendencias e inclinaciones naturales, pero implica también la labor de la razón práctica, que introduce el orden en dichas inclinaciones<sup>231</sup>. En este sentido, Aristóteles ya distinguía entre “virtud natural”, entendida como la disposición o inclinación que cada uno tenemos hacia el bien, y “virtud moral”, en la que cobra un papel fundamental la racionalidad y la voluntad. En sus palabras:

Se admite, realmente, que cada uno tiene su carácter, en cierto modo por naturaleza, pues desde el nacimiento somos justos, moderados, valientes y todo lo demás; pero, sin embargo, buscamos la bondad suprema como algo distinto, y queremos poseer esas cualidades de otra manera. Los modos de ser naturales existen también en los niños y en los animales, pero sin la razón son evidentemente dañinos... Y así como hay dos clases de modos de ser en la parte del alma que opina... así también en la parte moral hay otras dos: la virtud natural y la virtud por excelencia, y de estas, la virtud por excelencia no se da sin prudencia...<sup>232</sup>

<sup>229</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, op. cit.

<sup>230</sup> Véase. Macklem, T., “Ideas of easy virtue”, Keown, J., George, R. (editor), *Reason, morality and law. The philosophy of John Finnis*, op. cit., pp. 346 y ss.

<sup>231</sup> Gonzalez, A.M., *En busca de la naturaleza perdida*, Pamplona, Eunsa, 2002, p. 49.

<sup>232</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, Libro VI, 13, 1144b, 5-15, op. cit., p. 287.

La virtud moral no implica, por ello, solo una actuación conforme a la recta razón, sino que “va acompañada del ejercicio de la recta razón”<sup>233</sup>. En este sentido, señala Tomás de Aquino que la justicia resulta de introducir racionalidad en nuestra voluntad, de tal manera que queramos y persigamos el bien de nuestros semejantes, y no únicamente el nuestro<sup>234</sup>.

Venimos señalando que la naturaleza de la verdad práctica admite diferentes vías de comprensión de la misma. Como señalaba Aristóteles, “un hombre que delibera rectamente puede ser prudente en términos generales. Pero nadie delibera sobre lo que no puede ser de otra manera, ni sobre lo que no es capaz de hacer”<sup>235</sup>. En este contexto, el razonamiento jurídico, en tanto que razonamiento práctico, nunca presupone una visión acabada, cerrada del Derecho y de la realidad, ni es predominantemente lógico-deductivo. Como sabemos, la teoría jurídica moderna ha destacado la enorme complejidad que encierra este tipo de razonamiento<sup>236</sup> y, en consecuencia, la dificultad que conlleva la labor del jurista. En un proceso se confrontan diversas interpretaciones del Derecho, visiones particulares sobre unos mismos hechos, en definitiva, diversas posiciones u opciones. En este marco, el jurista, para actuar, no tanto “con” el Derecho sino, más bien, “en el Derecho”<sup>237</sup>, no solo necesita un conocimiento formal de la ley y una capacidad de razonamiento lógico, sino también ciertas cualidades personales o de carácter, en definitiva, virtudes y habilidades. Tales cualidades tienden a consolidarse, y a fortalecerse, con la misma práctica del Derecho<sup>238</sup>. Se relacionan, no solo con lo que una persona puede *hacer*, sino con lo que una persona *es*. En esta línea, la pregunta clave habría de formularse del siguiente modo: ¿cuál debe ser el carácter o personalidad propios del profesional del Derecho?<sup>239</sup> O, dicho de otra manera, ¿qué *hábitos* y virtudes profesionales son

---

<sup>233</sup> *Idem.*

<sup>234</sup> Aquino, Tomás de, *De virtutibus*, c.1, a. 5, sol.

<sup>235</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, *op. cit.*, p. 273.

<sup>236</sup> Cfr. Ballesteros, J., *Sobre el sentido del Derecho*, *op. cit.*, p. 81.

<sup>237</sup> Kronman, A., “Vivir en el Derecho”, Böhmer, M. F. (comp.), *La enseñanza del Derecho y el ejercicio de la abogacía*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 216-17.

<sup>238</sup> Véase. Macklem, T., “Ideas of easy virtue”, *op. cit.*

<sup>239</sup> Barraca Mairal, J., “La vocación del Derecho”, en VVAA., *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de Deontología*, Murcia, UCAM, 2003, pp. 248-249.

los más convenientes en un buen jurista? Valorar la justicia y tener buen juicio, por ejemplo, no es algo que se derive, exclusivamente, de un buen conocimiento de la legalidad vigente. Requiere adquirir un cierto carácter –como resultado de una voluntad y una práctica previa– que se depurará con la experiencia.

Aunque quizás en un marco teórico excesivamente *deontologista*, y con más influencia kantiana que aristotélica, los distintos códigos deontológicos que, hasta la fecha, se han ido aprobando, insisten, cada vez más, en la importancia del ejercicio de las virtudes como requisito para una adecuada *praxis* profesional. En este sentido, por ejemplo, y con respecto a las virtudes del abogado, el Código Deontológico de la Abogacía Española afirma en su preámbulo que:

La honradez, probidad, rectitud, lealtad, diligencia y veracidad son *virtudes* que deben adornar cualquier actuación del Abogado. Ellas son la causa de las necesarias relaciones de confianza Abogado-Cliente y la base del honor y la dignidad de la profesión. El Abogado debe actuar siempre honesta y diligentemente, con competencia, con lealtad al cliente, respeto a la parte contraria, guardando secreto de cuanto conociere por razón de su profesión. Y si cualquier Abogado así no lo hiciere, su actuación individual afecta al honor y dignidad de toda la profesión.

Y en su artículo 4.1, insiste en que: “La relación entre el cliente y su Abogado se fundamenta en la confianza y exige de este una conducta profesional íntegra, que sea honrada, leal, veraz y diligente”<sup>240</sup>.

Por su parte, el Código Deontológico de la Abogacía Europea (CCBE) establece, en su artículo 2.2, bajo el título de *Confianza e integridad*, que: “Las relaciones de confianza dependen directamente de la inexistencia de cualquier duda sobre la probidad, la honradez, la rectitud o la integridad del Abogado. Para el Abogado, estas *virtudes* tradicionales constituyen obligaciones profesionales”. Y, por último, podemos reseñar el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial, que bajo el rótulo de *Prudencia* afirma que: “La prudencia está orientada al autocontrol del poder de

---

<sup>240</sup> Código Deontológico de la Abogacía Española. Aprobado en el Pleno del CGAE de 27 de noviembre de 2002. Modificado en el Pleno de 10 de diciembre de 2002.

decisión de los jueces y al cabal cumplimiento de la función jurisdiccional” (Artículo 68); “La honestidad de la conducta del juez es necesaria para fortalecer la confianza de los ciudadanos en la justicia y contribuye al prestigio de la misma” (Artículo 79).

1. *¿Es posible ser un “buen jurista” sin poseer las virtudes profesionales?*

Lo señalado hasta ahora nos remite a varias cuestiones. Entre ellas, podemos destacar la siguiente: ¿es posible ser justo en el ámbito profesional sin serlo en lo personal?

Partimos de la idea de que el jurista no se identifica, necesariamente, con el hombre justo. Ciertamente, cabe separar intención y acción, de tal modo que no se necesita tener la virtud de la justicia (ser enteramente justo) para poder llevar a cabo lo justo en una concreta circunstancia. Sin embargo, es una realidad que la virtud crea un hábito, y este siempre inclina a obrar con más facilidad y prontitud en un determinado sentido. Por ello, es difícil defender la existencia de una separación tajante entre vida pública y vida privada (ética pública y ética privada). Como señala Gabaldón, se suele pensar que la ética privada se limita al comportamiento individual, mientras que la ética pública sería una ética jurídico-legal y procedimental. Pero tal distinción “es artificiosa y trata de dividir la conducta humana en dos áreas que, desde el punto de vista ético, confluyen en la única persona humana, que ha de aplicar unos principios de actuación recta en todos los campos de su actividad, sea esta pública o privada”<sup>241</sup>. La persona es una unidad y está inclinada a la integración, por lo que se hace difícil (y peligroso) mantener comportamientos contradictorios u opuestos en los distintos ámbitos de la vida.

La realidad es que los propios actos (tanto en el ámbito privado como en el público) crean inclinaciones que facilitan, en gran medida, una línea de comportamiento en una u otra dirección. De este modo, resulta difícil que una persona que habitualmente sea injusta en el ámbito privado pueda actuar siempre íntegra y justamente en la vida pública. Así, por ejemplo, parece evidente que para el juez que en el ámbito privado carece de la virtud de la discreción, y no se esfuerza por adquirirla, puede ser realmente difícil mantener el secreto profesional en otros campos.

---

<sup>241</sup> Gabaldón López, J., “Reflexiones sobre la Ética Judicial”, en *Ética de las profesiones jurídicas. Estudios de Deontología*, op. cit., p. 783.

En esta línea, merece destacarse que, en las últimas décadas, se han llevado a cabo importantes intentos, muchos de ellos deudores del pensamiento aristotélico, de introducir, no solo en el actuar de los juristas, sino también en el ámbito de la teoría del Derecho, el concepto de *virtud*. Un interesante ejemplo de ello es la denominada *virtue jurisprudence*. En palabras de Solum, la tesis central de la *virtue jurisprudence* es que “las teorías que compiten por explicar la naturaleza del Derecho son seriamente deficientes, porque no son capaces de exponer en forma adecuada la relación entre el Derecho y el carácter o modo de ser de los operadores jurídicos”<sup>242</sup>. Como señala este autor, se trata de una teoría normativa y explicativa que emplea los recursos de la epistemología y de la política de las virtudes, para responder las cuestiones centrales de la teoría del Derecho<sup>243</sup>.

## 2. El razonamiento prudencial

En el marco del razonamiento práctico, no hay duda de que la virtud por excelencia del jurista es la prudencia. Conecta con la ya mencionada noción de *phronesis*, sabiduría práctica o plena razonabilidad. En el ámbito de la teoría del Derecho, la noción de la “percepción de la situación”, explicada por Llewellyn, remite bastante bien a dicha idea de “sabiduría judicial”<sup>244</sup>.

La prudencia antecede a cualquier acción y las consecuencias de la misma van más allá de la acción desarrollada. Gracias a ella, la actuación humana se impregna de racionalidad. Se hace adecuada al contexto circunstanciado, aplicando a la situación concreta los principios y normas adecuados<sup>245</sup>. Como sabemos, la regla fundamental de la prudencia es *entender* a una y otra parte o, lo que es lo mismo,

---

<sup>242</sup> Solum, L.B., “Virtue jurisprudence. Una teoría de la decisión judicial centrada en las virtudes”, *Persona y Derecho*, núm. 69, 2013/2, p. 6.

<sup>243</sup> Sobre las fuentes y los autores que han trabajado en este campo, puede verse la bibliografía que señala este autor (especialmente las citas 1 a 5 y 23 a pie de página). En mi opinión, un trabajo pionero en este campo es el de Kronman, A. T., *The lost lawyer: failing ideals of the legal profession*, Cambridge, Harvard University Press, 1993. Asimismo, Kronman, A.T., “Vivir en el derecho”, Böhmer, M. F. (comp.), *La enseñanza del Derecho y el ejercicio de la abogacía*.

<sup>244</sup> Llewellyn, K., *The Common Law Tradition*, Boston, Little Brown, 1960.

<sup>245</sup> Abba, G., *Felicidad, vida buena y virtud*, Barcelona, Eunsa, 1992, p. 214.

atender a *todos* los puntos de vista. Así, sería un juez imprudente (e injusto) el que solo se preocupara del criminal o de la víctima. Por el contrario, la prudencia presupone capacidad de discernimiento, atendiendo a todos los factores y circunstancias de la realidad. Por otro lado, es claro que esta virtud alcanza su máxima relevancia en el ejercicio de la función judicial. Pero también el abogado y, en definitiva, cualquier operador jurídico, debe ponerla en práctica. Como señala Arbesu, el Abogado, al aconsejar o defender a un cliente:

Se ve obligado a poner en práctica el conocimiento prudencial, esto es, a conformar una acción práctica en cierta medida incierta o futura... En cualquier caso, no hay función profesional que ejerza el Abogado sin ejercicio de la prudencia y, por lo tanto, siempre estará presente la incertidumbre así como la variedad de decisiones a adoptar (típicas de la acción práctica), y la irrepetible singularidad de las situaciones...<sup>246</sup>

Hemos señalado que la ciencia jurídica no es un saber que pertenezca al ámbito de lo exacto, de lo acabado, o zanjado definitivamente, como las verdades obtenidas en las matemáticas o en la geometría. Ni la interpretación de los hechos, ni el derecho aplicable, surgen ante el jurista de una manera indiscutible. O, dicho de otra manera, el jurista, en cualquier faceta de su actividad, no se encuentra ante una sola vía de actuación, clara e incuestionable. Al contrario, lo habitual es que no exista una opción, sino múltiples. Por ello, el razonamiento prudencial no implica deducción ni intuición, sino, más bien, capacidad de deliberación. En consecuencia, reviste mucha complejidad. Conlleva la exigencia, por parte del profesional, de saber combinar juicios de carácter técnico (sobre hechos, datos, circunstancias, normas...), con juicios valorativos y pragmáticos. A través del juicio técnico, el jurista analiza objetivamente los hechos, circunstancias, situaciones... que se le presentan. Ello requiere, a su vez, de otras habilidades como, por ejemplo: saber captar adecuadamente la complejidad de la realidad –con sus múltiples perspectivas y aristas–, ser capaz de ordenar y “encajar” los distintos datos obtenidos, interpretándolos adecuadamente

<sup>246</sup> Arbesu Riera, C., *Excelencia y formación en el ejercicio de la abogacía*, trabajo de investigación inédito, p. 19.

y otorgándoles una unidad... Posteriormente, y tras una labor de síntesis, integración e interpretación de la información de carácter técnico, el jurista debe llevar a cabo un juicio valorativo. Mediante este, realiza una apreciación sustantiva respecto a la mejor solución o camino a seguir, en cada caso concreto, de acuerdo con los datos anteriormente reelaborados y el Derecho vigente<sup>247</sup>. Pondera cada alternativa jurídica posible, considerando también sus consecuencias. Ello le permite evaluar, no solo la conveniencia de seguir un camino u otro, de esta o de aquella vía, sino la oportunidad misma de emprender el camino o de adoptar, realmente, la decisión que se presenta más adecuada, tras dicha ponderación y consideración.

Este juicio valorativo tiene que ser, por otro lado, “bifocal” o empático. En el caso del abogado, este profesional no puede limitarse a escoger, de acuerdo con el marco legal vigente, la aparentemente “mejor solución” para su cliente, teniendo en cuenta, solamente, su perspectiva “interna” (sus intereses). Por el contrario, debe desarrollar, asimismo, una capacidad empática, situándose, en cierta medida, en el lugar de la parte contraria e, incluso, ser capaz de valorar el punto de vista que, previsiblemente, adoptará el Juez (perspectiva “externa”).

Por otro lado, dado que la prudencia es una virtud tiene su punto de partida en la voluntad humana. En consecuencia, el acierto de una decisión prudencial, dependerá, no solo de la capacitación técnica y profesional; de la capacidad de argumentación y deliberación, sino también, y especialmente, del dinamismo interno del *querer*, del tipo de profesional al que se aspira a ser. Por ello, al jurista que no le mueva en absoluto la virtud de la justicia, que confunda el bien común con su interés particular, o el de las personas que le rodean, le será muy difícil encontrar la decisión prudente y acertada en cada caso para actuar según Derecho<sup>248</sup>. Como ha señalado Kronmann, “poseer buen juicio no es simplemente tener una buena instrucción o inteligencia, sino que significa ser una cierta clase de persona y también tener cierto tipo de personalidad”. Tener sabiduría práctica no significa, solamente, poseer una capacidad, cuyo dominio no produce un cambio en el carácter de quien la posee. Implica, tam-

<sup>247</sup> Orrego, C., *Analítica del Derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del Derecho Natural*, México, IIJ-UNAM, 2005, p. 144.

<sup>248</sup> Véase. Arbesu, C., *Excelencia y formación en el ejercicio de la abogacía*, op. cit., pp. 27-29.

bién, aspirar a una concreta personalidad y, lógicamente, a un modo de vida asociado con ella<sup>249</sup>. En todo este proceso ocupa un lugar importante el respeto a la realidad y, en definitiva, a la verdad<sup>250</sup>. Como ya indicó Villey<sup>251</sup>, “la jurisprudencia implica un esfuerzo hacia la *verdad* bastante análogo al de la filosofía”. En realidad, si se abdica de la búsqueda de esta, también se renunciará, en última instancia, a la misma realización de la justicia<sup>252</sup>. En definitiva, como ya señaló Aristóteles, la Moral y el Derecho son, primariamente, un asunto de verdad<sup>253</sup>.

Una voluntad que tiene en cuenta estas premisas, no solo no entra en contradicción con los necesarios requerimientos técnico-jurídicos, sino que los potencia y depura. Precisamente, la unidad entre capacitación técnica y recta voluntad, redundará, positivamente, en el discernir prudente que debe caracterizar a todo buen jurista<sup>254</sup>. De esa manera, este profesional contribuirá al perfeccionamiento del Derecho, será capaz de extraer de él toda su riqueza, concretada en justicia, seguridad y eficacia. Por el contrario, cuando el jurista ejerce su profesión sin esfuerzo creativo, de manera rutinaria, entendiendo el Derecho como algo cerrado y acabado, que solo hay que “copiar y repetir”, desprecia algo esencial en su labor que, lejos de aspirar a la excelencia, se queda, en palabras de Vigo, en una triste mediocridad<sup>255</sup>.

En este contexto, adquiere también un importante papel la equidad. Esta no puede entenderse como la negación, o la “antítesis”, del Derecho Positivo, sino como su acabamiento, su perfección. En palabras de Aristóteles, “lo equitativo es justo y mejor que cierta clase de justicia, no que la justicia absoluta, pero sí mejor que el error que surge de su carácter absoluto”<sup>256</sup>. Se trata, como es bien conocido, del ajusta-

---

<sup>249</sup> Kronman, A., “Vivir en el Derecho”, Böhmer, M. F. (comp.), *La enseñanza del Derecho y el ejercicio de la abogacía*, op. cit., p. 219.

<sup>250</sup> Cfr. Pérez del Valle, C., *Teoría de la prueba y Derecho Penal*, Dykinson, 1999, p. 60.

<sup>251</sup> Cfr. Villey, M., *Compendio de Filosofía del Derecho. Los medios del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 1981, p. 81.

<sup>252</sup> Pérez del Valle, C., *Teoría de la prueba y Derecho Penal*, op. cit., p. 60.

<sup>253</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, VI, 9, 1142b, op. cit., p. 280.

<sup>254</sup> Arbesu, C., *Excelencia y formación en el ejercicio de la abogacía*, op. cit., p. 27-29.

<sup>255</sup> Vigo, R.L., *Ética del abogado. Conducta procesal indebida*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, p. 69.

<sup>256</sup> Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, V, 10, 1137b, op. cit., p. 263.

miento de la ley a las circunstancias, y exigencias, que presenta la realidad, siempre distinta y cambiante. Ciertamente, la equidad tendrá algo de discrecional, ya que implica una decisión que, en última instancia, adopta el jurista bajo su propia responsabilidad. Por ello, es muy importante que el juez que lleva a cabo este tipo de razonamiento posea la *pronesis* o virtud de la prudencia, o sabiduría práctica. Todo ello, siguiendo de nuevo a Aristóteles –*lo equitativo es justo*–, nos conduce a la cuestión de la justicia entendida no como un ideal político o social sino, de acuerdo con la conocida fórmula de Ulpiano, como la *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*<sup>257</sup>. Por ello, podríamos afirmar que, en definitiva, el trabajo del “buen jurista” implica un esfuerzo y una tensión constante, por la justicia del caso concreto, procurando que *cada uno tenga lo suyo*. Nos encontramos ante un trabajo *nunca acabado*, en el que –al igual que ocurre en las investigaciones científicas, que nunca están terminadas–<sup>258</sup> siempre cabe el “aún mejor”.

#### IV. CONCLUSIÓN

El proceso de rehabilitación de la filosofía práctica, en el que estamos inmersos desde hace ya bastantes décadas, ha abierto nuevas y enriquecedoras perspectivas para la filosofía moral y jurídica. En concreto, en el ámbito jurídico, ha aportado premisas que permiten responder a la consolidada tradición positivista que, entre otras cosas, ha tendido a fundamentar el derecho tan sólo en criterios formales. También resulta especialmente interesante la recuperación del pensamiento aristotélico sobre la virtud (el modelo del *spoudaios*), y su aplicación al ámbito de la *praxis* de los operadores jurídicos. Ello, entre otras cosas, ha inclinado a prestar una mayor atención a la relación existente entre el derecho y el carácter, o modo de ser, de los juristas. Destaca, de manera especial, la revalorización de las virtudes de la prudencia y de la justicia, no sólo aplicadas al modo de trabajar de los operadores jurídicos, sino también entendidas como un rasgo de su identidad, de su *ethos* personal.

---

<sup>257</sup> Ulpiano, *Digesto*, 1, 1, 10.

<sup>258</sup> Como señala Villey, tampoco en la ciencia encontramos solo razonamientos estrictos y acabados. El estado real de la ciencia no es el de estar acabada (Villey, M., *Compendio de Filosofía del Derecho. Los medios del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 1981, p. 57).





## CAPÍTULO SÉPTIMO

El proceso de desplazamiento de la autoridad normativa en los ordenamientos europeos, desde los legislativos nacionales a las instituciones de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como estrella emergente en el firmamento de la Unión

Carlos FIDALGO GALLARDO



## CAPÍTULO SÉPTIMO

El proceso de desplazamiento de la autoridad normativa en los ordenamientos europeos, desde los legislativos nacionales a las instituciones de la Unión Europea. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) como estrella emergente en el firmamento de la Unión

---

Carlos FIDALGO GALLARDO<sup>259</sup>

*—Cuando yo uso una palabra —insistió Humpty Dumpty— quiere decir lo que yo quiero que diga... ni más ni menos...*

*—La cuestión —insistió Alicia— es si se puede hacer que las palabras signifiquen tantas cosas diferentes.*

*—La cuestión —zanjó Humpty Dumpty— es saber quién manda.*

*Eso es todo.*

*Lewis Carroll, Alicia en el País de las Maravillas*

### I. PLANTEAMIENTO

Parece difícil abordar un tema tan amplio como el que reza en el título de este trabajo. En efecto, el planteamiento de base es tremendamente ambicioso: todos los elementos del título requieren adoptar una perspectiva panorámica y exigen conocimientos multidisciplinarios cuando no oceánicos.

A la vez, podría objetarse que los procesos de cambio que creo identificar, y que describo en las páginas que siguen, otorgan a la actual situación de crisis económico-financiera un poder casi demiúrgico y por tanto desproporcionado. Esto es, podría oponerse a mi planteamiento que es excesivo considerar a la tan

---

<sup>259</sup> Universidad de Sevilla.

traída y llevada *crisis* como agente por sí sola de los profundos cambios que analizo; cambios que afectan a instituciones básicas de nuestro ordenamiento jurídico y de nuestra estructura institucional. Tanto más, cuanto que esos procesos no se limitarían a España o los países de nuestro entorno inmediato, sino a toda la Unión Europea, e incluso más allá, por mor del rampante proceso de globalización propiciado por el avance de las tecnologías de la información y la comunicación.

Es cierto que el planteamiento es ambicioso. Pero en el análisis que sigue parto y me apoyo en el estudio que en su día, con ocasión de la redacción y posterior publicación de mi tesis doctoral<sup>260</sup>, realicé de la evolución, no solo legislativa sino institucional, que se desarrolló en los Estados Unidos de América a partir de 1803, con la conocida, pero poco leída y aún menos comprendida sentencia *Marbury vs. Madison*<sup>261</sup>. Ese pronunciamiento judicial, en efecto, supuso a mi juicio el inicio de un proceso de profundos cambios institucionales, que tuvo como resultado en dicho país la drástica reconfiguración, tanto de las relaciones entre los tres poderes de la clásica tríada poder judicial–legislativo–ejecutivo, como de las relaciones entre los Estados federados y la estructura federal que aquellos constituyeron tras la independencia de la metrópoli británica (lo que abreviadamente se denomina el “gobierno federal”, término que en este contexto se refiere no solo a la rama ejecutiva sino también a la legislativa, y sobre todo, a la judicial). Pero además, de forma necesariamente derivada de lo anterior, de ese proceso resultó una total redefinición de las fuentes del Derecho estadounidense y una reubicación de las instancias institucionales en las que al día de hoy se reside la capacidad de definir el contenido positivo y práctico de los derechos y obligaciones de las personas, la capacidad de decidir *de forma final e inapelable* las cuestiones más fundamentales para definir el modelo de sociedad que se han dado los estadounidenses.

---

<sup>260</sup> Fidalgo Gallardo, Carlos, *Las “pruebas ilegales”: de la exclusionary rule estadounidense al art. 11.1 LOPJ*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

<sup>261</sup> Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América de 24 de febrero de 1803, 5 U.S. 137 (1803), según la nomenclatura convencional de cita de sentencias en ese país, que utilizaremos en todos los casos.

La cuestión, y es lo que pretendo exponer aquí, es que creo constatar que un proceso similar se está produciendo, está bien avanzado y es posiblemente irreversible en el ámbito europeo (o más exactamente en el de la Unión Europea). Es lo que me parece ver no solo a partir de mis estudios e investigaciones como modesto docente universitario, sino también y a la vez sobre la base de mi experiencia en las trincheras del ejercicio profesional. Como abogado vengo dedicando últimamente gran parte de mi tiempo a la litigación con entidades financieras, a todo lo relacionado con la normativa así como la jurisprudencia europea y española, sobre condiciones generales de la contratación. Son materias que podrían no parecer especialmente mollaras, pero que en este contexto de evolución institucional creo han adquirido una importancia inusitada y están constituyendo punta de lanza o al menos ejemplo e ilustración extrapolable a otros muchos ámbitos, de hacia dónde vamos, social e institucionalmente.

La *crisis* no es, por supuesto, motivo ni agente único de los cambios institucionales a los que me vengo refiriendo. Pero sí creo que, como mínimo, esa crisis que no es solo económica ni solo financiera en cuanto que tiene raíces mucho más profundas, ha operado como catalizador y acelerador de procesos que ya estaban en marcha<sup>262</sup>. Su hondura, en extensión y profundidad, ha hecho resquebrajarse muchas certezas, ha puesto en duda el papel y la responsabilidad de instituciones políticas y jurídicas que hasta hace poco tiempo se consideraban indiscutibles e intocables. El foco se ha puesto en el papel de las entidades financieras y su responsabilidad (sea la que sea) en esa crisis, especialmente en todo lo tocante a sus relaciones con las personas y las familias, más conocidas últimamente por el término reduccionista de *consumidores*. En este contexto, en los últimos años el Derecho de consumo ha experimentado un crecimiento exponencial, no solo cuantitativo sino cualitativo. Si antes era un cuerpo heterogéneo y aparen-

---

<sup>262</sup> Lo mismo sucedió en los Estados Unidos, donde el proceso de cambio que antes indiqué y que arranca en 1803, con la citada *Marbury vs. Madison*, se aceleró drásticamente en los años 50–60 del siglo XX, con el impulso que le dio la llamada *jurisprudencia activista* de la Corte Suprema Federal bajo la presidencia del Juez Earl Warren (1953–1969).

temente deslavazado de normas, plasmado en directivas comunitarias más o menos arrumbadas en el Diario Oficial de la Unión Europea y en leyes internas *de aliño*; si era un aparte del Derecho de aplicación residual o incierta a sectores concretos y limitados, hoy en día va camino de convertirse en disciplina transversal y omnipresente, en criterio interpretativo al que deben ajustarse normas otrora venerables, y en garantía previa e irrenunciable de un compendio creciente de verdaderos *derechos* de los consumidores y usuarios en su relación con todo tipo de profesionales y empresarios en diversísimos ámbitos<sup>263</sup>. Todo ello al compás de los pronunciamientos, cada vez más frecuentes y relevantes, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

En las páginas que siguen analizaré ese proceso de cambio a través de dos pares de manifestaciones. Un primer par aborda cuestiones de técnica legislativa, el segundo se refiere a cuestiones institucionales. Pero es importante tener en cuenta que *todas se retroalimentan y en muchas ocasiones se explican las unas a la luz de las otras*. Y sobre todo, como avanza el título de este trabajo, conjuntamente desembocan en situar al Tribunal de Luxemburgo como la estrella emergente del firmamento institucional comunitario.

## II. CUESTIONES DE TÉCNICA LEGISLATIVA

Las dos cuestiones de técnica legislativa que analizaré a continuación son, primero, la elefantiasis normativa que nos aqueja y asola; y a la vez y paradójicamente, la proliferación de normas que establecen criterios o estándares abiertos y difusos que necesitan ser llenados de contenido por vía interpretativa.

---

<sup>263</sup> Ante los entusiasmos y excesos en este surgimiento del derecho de consumo en cuanto comodín sobrevenido para casi cualquier cosa, han hecho interesantes reflexiones en diversos trabajos autores como Carrasco Perera, Ángel (por ejemplo y entre otros muchos, su trabajo con Cordero Lobato, Encarna, “El espurio control de transparencia sobre condiciones generales de la contratación”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº. 7/2013, pp. 164-183, <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4468459.pdf>, consultado el 17.2.2016) o Clavería Gosálbez, Luis Humberto (entre otros, en “La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 2, mayo 2014, pp. 29-42).

## 1. *Elefantiasis normativa, interna y externa*

No es cosa nueva constatar que nuestros ordenamientos jurídicos se ven afectados por una notoria, consolidada y aun así creciente elefantiasis normativa<sup>264</sup>.

Esa aguda elefantiasis es por un lado *externa*, esto es, se manifiesta en el crecimiento exponencial del número, objeto y extensión de normas de todo tipo, que promulgan incesantemente las distintas instancias que tienen atribuidas potestades normativas a sus diversos niveles. Normas locales, autonómicas, estatales... o europeas, cada vez más. Es significativo que hoy en día las grandes empresas necesitan tener nutridos departamentos dedicados exclusivamente a la *compliance*: al constante estudio y actualización de la normativa que disciplina la actividad que desarrollan, para asegurarse de que la misma está en orden, en cada momento, respecto a los diversos y mutables estándares normativos que les resulten aplicables.

Pero la elefantiasis normativa es también *interna*. Las distintas instituciones investidas de potestades normativas regulan minuciosamente cada vez más y más ámbitos, y cada vez en más y más detalle. Es una especie de *horror vacui* que, por traer de nuevo a colación el derecho de consumo, se pretende conjurar mediante la multiplicación de prolijas normas procedimentalistas. Se busca proteger a los ciudadanos a base de multiplicar los requisitos, sobre todo formales, que tiene que cumplir la parte *fuerte* (generalmente las empresas proveedoras de bienes y servicios, que en el caso de los productos financieros son los bancos y entidades de crédito), en sus relaciones con la parte *débil* (ese ciudadano, en su vertiente de consumidor, al que el Estado providente casi presupone capitidismínuido *per se*), para que este pueda válidamente contratar, y por tanto acceder a esos bienes y servicios que la sociedad de consumo pone a su disposición.

---

<sup>264</sup> Ya Tácito advertía en el siglo I de nuestra era que “cuanto más corrupto es un Estado, más leyes tiene”. En esa línea, últimamente se ha oído en tertulias radiofónicas que no hay Constitución más prolija y garantista, ni que declare mayor número de derechos individuales... que la de Corea del Norte. Que eso sea así no lo puede confirmar quien suscribe, como mínimo por no saber coreano, pero la observación cuadra perfectamente con el aforismo atribuido al senador e historiador de la antigua Roma.

Esa elephantiasis, incluso cuando es bienintencionada, genera de por sí diversos problemas. Por ejemplo, el incremento de los costes de estructura y transacción en cualquier actividad económica o empresarial, o la creación de sectores económicos artificiosos (el ámbito de la protección de datos o de la prevención de riesgos laborales, por ejemplo), que drenan las fuerzas de una sociedad en cuanto que estas se dedican cada vez más a cuestiones accesorias (no digo que irrelevantes).

Pero sobre todo, ese procedimentalismo al final acaba volviéndose contra aquellos a los que pretende proteger. De nuevo la ilustración nos viene del sector bancario. En los Estados Unidos, la firma de un préstamo hipotecario por un particular está regulada por un cúmulo de normas federales, estatales e incluso municipales, que regulan minuciosamente el proceso previo a la suscripción del título de préstamo. Esas normas obligan al prestamista a facilitar al prestatario una información que, por amplia y profusa cuando no inabarcable, en la práctica se condensa en unos formularios prediseñados y en la entrega de unos gruesos manuales que explican todo lo imaginable en torno a la legislación aplicable y a los derechos y obligaciones que de esta resultan para las partes. Con la recepción de estos manuales de varios cientos de páginas, el futuro prestatario manifiesta entender todos los vericuetos de la financiación que va a recibir y de las garantías personales y reales a constituir. El prestamista, así, cumple con un estándar artificialmente objetivado de *lealtad contractual* mediante el mero seguimiento minucioso de los procedimientos (cuyo coste, directo o de estructura, lógicamente, se repercute al prestatario). Pero esos procedimientos acaban siendo incapaces de propiciar la transparencia y equilibrio que se pretendía: en ese marco, si el prestamista quiere abusar de su posición, e imponer determinadas condiciones o cláusulas desequilibradas, que es precisamente lo que se quería evitar, bastará con que cumpla los requisitos formales establecidos por ese bienintencionado, pero desencaminado ejército de reguladores para que el título de préstamo y la constitución de la hipoteca resulten jurídicamente inatacables.

En España hemos seguido un proceso similar, y no es la primera vez que importamos acríticamente instituciones, leyes, y modos de hacer del gigante america-

no: de un derecho inmobiliario e hipotecario regulado en esencia por las venerables normas del Código Civil y la Ley Hipotecaria, se pasó primero a la relativamente breve Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994<sup>265</sup> (sistemáticamente inaplicada por las entidades financieras y por los mismos Notarios), y últimamente, tras el descalabro financiero de los años 2007 y posteriores, a la Orden EHA/2899/2011<sup>266</sup>, extensa y farragosa, que siguiendo los pasos del procedimentalismo estadounidense pretende proteger al cliente bancario mediante la incorporación al proceso precontractual de una batería de requisitos formales (las conocidas FIRPE y FIPER<sup>267</sup>, la obligación de que el prestatario incorpore al expediente de financiación, la transcripción manuscrita de cláusulas potencialmente abusivas o, igual que al otro lado del Atlántico, la elaboración y puesta a disposición de los consumidores, por cortesía del Banco de España, de una completa *Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario*<sup>268</sup>, disponible en línea y en todas las sucursales bancarias<sup>269</sup>). De este modo, hoy en día resulta mucho más difícil prevalecer en la impugnación de una cláusula abusiva incorporada a un contrato de préstamo hipotecario que antes de la Orden de 2011, pues al fin y al cabo, en cumplimiento de la misma, el consumidor antes de firmar ha declarado por escrito conocer y aceptar la cláusula y el contrato en todos sus recovecos<sup>270</sup>.

<sup>265</sup> Orden de 5 de mayo de 1994 sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios.

<sup>266</sup> Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de Transparencia y Protección del Cliente de Servicios Bancarios (BOE 261, de 29.10.2011). Más lo resultante de la entrada en vigor de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, sobre Medidas para Reforzar la Protección de los Deudores Hipotecarios, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social (BOE 116, de 15.5.2013).

<sup>267</sup> El uso de acrónimos es también costumbre importada de los Estados Unidos de América.

<sup>268</sup> *Guía de Acceso al Préstamo Hipotecario*, Banco de España, Madrid, Eurosistema, 2016, [http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia\\_hipotecaria\\_2013.pdf](http://www.bde.es/f/webbde/Secciones/Publicaciones/Folletos/Fic/Guia_hipotecaria_2013.pdf), consultado el 17 de febrero de 2016.

<sup>269</sup> Por imposición de citada Orden EHA/2899/2011, en su artículo 20, complementada por la Disposición Adicional 3ª de la Ley 1/2013.

<sup>270</sup> Es llamativo, me parece, que la citada Ley 1/2013 pretendió atajar los abusos que habrían acaecido en determinados procesos de contratación de financiación hipotecaria sobre todo entre los años 2000 y 2008 (concretamente la incorporación sin transparencia de las llamadas *cláusulas suelo*, la suscripción irregular de *swaps* como instrumentos de cobertura de operaciones a tipo variable o la referenciación de préstamos a divisas extranjeras sin conocimiento por el prestatario de los riesgos de dicha operativa), simplemente añadiendo

## 2. Normas abiertas y estándares difusos (la importación de la técnica normativa de las policies)

Es paradójico que, junto con el fenómeno descrito en el anterior epígrafe (la elephantiasis normativa en sus dos vertientes, externa e interna), coexista la tendencia del legislador a promulgar normas abiertas y lanzar estándares difusos de comportamiento que estructuralmente necesitan ser llenados de contenido por vía de interpretación.

Las normas elaboradas según esa técnica legislativa son equivalentes a lo que en el ámbito anglosajón se denominan *policies*: normas que se pretenden jurídicas, pero que establecen solo objetivos o principios de actuación que deben ser observados por los destinatarios de las mismas. Ante la indefinición normativa en cuanto a los concretos comportamientos prohibidos o prescritos, se hace preciso realizar una labor de aplicación e interpretación que concrete los perfiles de esos estándares. Con lo cual emerge como cuestión fundamental definir quién interpreta. Y antes, definir *quién determina, quién es el que interpreta*. Y aún antes, definir *qué es interpretar*<sup>271</sup>.

De nuevo apoyándonos en las evidencias que para el sustento de nuestra línea argumental nos facilita el actualmente efervescente ámbito del derecho del consumo, este fenómeno se aprecia por ejemplo en la incorporación al vocabulario jurídico español y europeo, tanto en el ámbito teórico y doctrinal como en el práctico, de estándares como la *abusividad o el desequilibrio* (que además tiene que ser

---

al aparato documental exigido con carácter previo a la firma del préstamo la transcripción manuscrita por el cliente bancario de un documento manifestando conocer, entender y aceptar la existencia de esas cláusulas o productos. De modo que, si en 2013 y después una entidad financiera quisiese imponer el cliente esas cláusulas o productos prevaliéndose de su posición de fuerza (no olvidemos que se trata de procesos de contratación regidos por el *take it or leave it*), le bastaría con cumplir los requisitos documentales para conseguir hacerlo de forma jurídicamente impoluta. Hacia la impunidad a través del procedimentalismo.

<sup>271</sup> Una aproximación a esta cuestión, que hemos expresado casi en forma de trabalenguas, quizá porque verdaderamente lo es, se contiene en el diálogo que entabló el recientemente fallecido *Justice* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Antonin Scalia con el profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Diego, Steven D. Smith, en Scalia, Antonin, "Law & language", *First things*, noviembre de 2005, <http://www.firstthings.com/article/2005/11/law--language-26>, consultado el 17.2.2016. El artículo es una amplia reseña y análisis de Scalia al libro de Smith, *Law's Quandary*, Cambridge, Harvard University Press, 2004. Libro este igualmente interesante para la cuestión, si bien situado en las antípodas del planteamiento del honorable *reviewer*.

importante) a cuya luz (¿?) deben analizarse las condiciones generales de la contratación incorporadas a los contratos realizados según la técnica de la contratación en masa<sup>272</sup>. Qué sea *abusivo o desequilibrado* (y cuándo sea *importante* ese desequilibrio para ser censurable) es algo que no resulta *prima facie* del texto de la norma<sup>273</sup>.

Podría objetarse que estándares de este tipo siempre han existido. El ejemplo claro y señero sería el concepto de culpa o negligencia, y el régimen (predominantemente jurisprudencial, para más señas) de la responsabilidad extracontractual de los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil español. La cuestión es, sin embargo, tanto que últimamente el fenómeno se reitera, como sobre todo que, analizado el mismo a la luz y en conjunto con el resto de fenómenos que nos ocupan en este trabajo, la trascendencia del fenómeno se hace más acusada.

Elevando un poco la perspectiva, utilizando un ejemplo de mayor hondura o incluso dramatismo, la tendencia al dictado de normas programáticas y al establecimiento de estándares difusos se da especialmente, como es lógico, en el ámbito de las normas constitucionales, y especialmente, las que proclaman derechos fundamentales y libertades públicas. Y en este ámbito, quizá el ejemplo más claro sea la invención y reinención de la *privacy* en la Constitución y en el ordenamiento estadounidense.

Al hablar de *invención* podemos utilizar el sentido etimológico del término (la *inventio* o hallazgo: el descubrimiento de lo escondido, pero preexistente) o la

---

<sup>272</sup> Artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, que tiene su paralelo en el ordenamiento español en el Artículo 82.1 del hoy Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (en adelante, “TRLGDCU”).

<sup>273</sup> Es más, el artículo 82.3 TRLGDCU *remata la faena* y agudiza aún más la necesidad de concreción e interpretación del estándar cuando llega la hora de aplicarlo al caso concreto al establecer que “[e]l carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”. Por seguir con la terminología ganadera, a ver quién mete esa cabra en el corral. Mientras tanto la seguridad jurídica, esto es, la capacidad de predecir con una mínima garantía qué concretos derechos y obligaciones emanan de las normas jurídicas, para en función de eso determinar nuestra actuación y fijar nuestras expectativas a corto, medio o largo plazo, la dejamos en un aparte.

acepción de *creación*, más o menos desgajada de toda base previa. Porque el término *privacy* no aparece en ninguna parte del texto constitucional estadounidense: ni en su parte orgánica de 1789 (los siete artículos que constituyen el texto ratificado por las trece antiguas colonias británicas recién independizadas, y que regulan una estructura federal mínima, escasamente dotada de funciones ni poder efectivo) ni en el añadido posterior de la *Bill of Rights* (las quince primeras Enmiendas al texto originario, concretamente dedicadas a establecer una serie de derechos y protecciones de los ciudadanos de los Estados federados frente a las instituciones federales)<sup>274</sup>. Hoy en día, sin embargo (y aquí ya pasamos de la primera a la segunda acepción del término *invención*), se entiende casi sin discusión en los Estados Unidos de América, siguiendo la interpretación jurisprudencial federal (esto es, primero la de la Corte Suprema y después la de los órganos inferiores), y luego la de los tribunales de los Estados, que la protección constitucional de la *privacy* otorga con carácter general frente a toda persona e institución, a cualquier nivel, un amplio catálogo de *derechos* individuales. Sobre esa base se ha edificado (y se sigue edificando) la jurisprudencia, y en definitiva el régimen vigente en los Estados Unidos, sobre un diversísimo catálogo de materias, entre ellas todo lo relativo a moral sexual y vida familiar (aborto, anticoncepción, matrimonio, etcétera)<sup>275</sup>. Pero eso es así a pesar, insisto, no solo de

---

<sup>274</sup> Comúnmente se aplica el término *Bill of Rights* únicamente a las Enmiendas I a X, dejando fuera el resto de Enmiendas hasta la última (por el momento), la XXVII. Sin embargo las enmiendas XI a XV, y especialmente la XIV, son tan importantes para explicar la actual y real relevancia de la misma *Bill of Rights* que bien merecen, aunque sea a efectos explicativos, considerarlas incluidas en la misma.

La Constitución federal y las enmiendas a la misma pueden consultarse, entre otros muchos lugares, en [http://www.senate.gov/civics/constitution\\_item/constitution.htm](http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm), consultado el 17.2.2016.

<sup>275</sup> Así, la legalización de la anticoncepción sobre la base del *descubrimiento* de la protección constitucional de la *privacy* en *Griswold vs. Connecticut*, Sentencia de 7 de junio de 1965, 381 U.S. 479 (1965); o del aborto en *Roe vs. Wade*, Sentencia de 22 de enero de 1973, 410 U.S. 113 (1973), luego confirmada por otras como *Planned Parenthood vs. Casey*, Sentencia de 29 de junio de 1992, 505 U.S. 833 (1992). Más las diversas sentencias que se han ido dictando en fecha reciente para resolver cuestiones referentes a la constitucionalidad de leyes referentes a la legalización (o prohibición), por el legislativo federal o por los legislativos estatales o incluso por referendos populares, de los matrimonios civiles entre personas del mismo sexo: *Lawrence v. Texas*, Sentencia de 26 de junio de 2003, 539 U.S. 558 (2003), *United States vs. Windsor*, Sentencia de 26 de junio de 2013, 570 U.S. \_\_\_\_ (2013), o por fin *Obergefell vs. Hodges*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015).

que la *privacy* no aparezca en el texto constitucional, sino de que la Enmienda IV es una norma de política criminal con un objeto y alcance bien concretos: salvaguardar a los ciudadanos de los Estados federados de los registros y confiscaciones injustificados (*unreasonable searches and seizures*) realizados por agentes del Gobierno Federal. Aun así, en *Griswold v. Connecticut*, la Corte Suprema consideró, en un triple salto mortal interpretativo, que la salvaguarda constitucional de la *privacy* estaba escondida en las “emanaciones” y “penumbras” del texto<sup>276-277</sup>: como la Enmienda IV busca proteger al ciudadano frente a los registros y confiscaciones ilegales llevados a cabo por las fuerzas del orden federales en su labor de investigación y represión de la criminalidad, ergo la Enmienda IV llevaría implícita (en sus “emanaciones” y “penumbras”) una protección de la intimidad concebida del modo más amplio y de aplicación en todos los ámbitos de la vida personal y social. Sobre esa base, el tiempo no ha hecho sino irnos deparando sucesivas interpretaciones, a golpe de sentencias, cada vez más alejadas del texto originario, y más sustentadas en la mera autoridad de quien se arroga la facultad de... *interpretar*<sup>278</sup>.

<sup>276</sup> En famosas palabras del Juez Douglas, ponente de *Griswold*, “[l]os casos anteriores sugieren que determinadas garantías de la *Bill of Rights* tienen penumbras, formadas por emanaciones de dichas garantías que ayudan a darles vida y sustancia”.

<sup>277</sup> Solo dos de los nueve *Justices* de la Corte Suprema en ese momento se opusieron a *descubrir* y anclar esa concepción extensa de la *privacy* en el texto, no ya de la Enmienda IV, sino de cualquier otra cláusula de la *Bill of Rights* (Jueces Black y Stewart). Otros tres Jueces (Goldberg, Harlan y White) consideraron que la *privacy* sí estaba implícita en la *Bill of Rights*, pero no en la Enmienda IV, sino en la Enmienda XIV sobre *due process*, cosa igualmente discutible como análisis sucintamente en la nota siguiente.

<sup>278</sup> Un proceso similar al que luego nos referiremos tuvo lugar sobre la base de la llamada *due process clause* de la Enmienda XIV. Es esta una Enmienda incorporada a la Constitución Federal estadounidense en el contexto de las medidas tendentes a propiciar la igualdad racial tras la Guerra de Secesión. Establecía que ninguna persona, independientemente de su raza, podría ser constitucionalmente privada de su vida, libertad y propiedad sin seguirse el procedimiento legalmente establecido. Esto es, la Enmienda XIV pretendía establecer la igualdad de todos ante la ley (o más concretamente, el establecimiento de un régimen igual para todos en materia de privaciones de la vida, la libertad y la propiedad por las instituciones federales o por las de los Estados), proscribiéndose que en ese proceso se pudiese actuar de forma discriminatoria por razón de raza. Pues bien, por un lado esa garantía *procesal* fue ampliada por vía de interpretación para acabar siendo entendida, no solo como la declaración del derecho de todos al proceso establecido (el proceso *debido* es precisamente debido porque la ley lo establece), sino como el establecimiento de un estándar de valoración

### III. CUESTIONES INSTITUCIONALES

Pasando a los fenómenos de naturaleza institucional que, a mi juicio, ponen de manifiesto el proceso de cambio que vengo exponiendo, analizaré dos. Se trata del desplazamiento de la autoridad de producción normativa, primero de las instancias legislativas a las judiciales, y segundo de los Estados Miembros de la Unión Europea a las instancias de la Unión.

De nuevo insisto en que los dos pares de fenómenos que expongo se retroalimentan y se explican los unos a la luz de los otros; y que entiendo que el proceso de cambio tiene un precedente claro, verdadero aviso para navegantes, en la evolución institucional estadounidense acaecida en los siglos XIX y XX a la que me he referido ya en los anteriores pasajes de este trabajo.

#### 1. *Los tribunales como instancias creadoras de Derecho*

El presente epígrafe se enfrentará al escepticismo de quien aduzca que el *Derecho judicial* es cosa de sistemas de *common law*, pero ajeno o al menos marginal a los sistemas jurídicos del continente europeo. Sin embargo creo que, también en estos últimos or-

---

del proceso mismo y sus instituciones (el proceso *debido* entendido como el proceso *como es debido* o, en expresión castiza, *como Dios manda*). Es lo que comúnmente se llama las vertientes procesal y sustantiva del debido proceso (*procedural due process* y *substantive due process*).

Otro ejemplo de esta *técnica*, más cercano, sería el refrendo jurisprudencial en España de la redefinición legal del matrimonio en la Ley 13/2005, de 1º de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia del derecho a contraer matrimonio (la llamada “ley del matrimonio homosexual”). Recurrida la ley ante el Tribunal Constitucional Español, este, en su sentencia 198/2012 de 6 de noviembre, la declaró constitucional sobre la base de considerarse dotado de la capacidad de realizar una “interpretación evolutiva” de los textos constitucionales, que permitiría acomodar estos en cada momento “a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad... porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones [legislativas], dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta”. Pretensión similar a la que, desde mucho antes, ha venido sosteniendo la Corte Suprema Federal estadounidense, y que dio lugar a la intensa polémica doctrinal (¡y política!) entre *originalismo* e *interpretivismo*. No es de extrañar que, a renglón seguido de los párrafos transcritos, el Tribunal Constitucional español se pronunciase expresamente contra el *originalismo*, como no podía ser de otro modo, para poder sustentar su potestad de realizar una “interpretación evolutiva” de la Constitución.

denamientos, los tribunales se están arrogando, cada vez con más fuerza y sin encontrar apenas resistencia, una función creadora de verdaderas normas jurídicas, generadoras de derechos y obligaciones, aplicables *erga omnes*<sup>279</sup>.

Pero eso no es así concretamente en España conforme al sistema de fuentes del Código Civil, ¿no es cierto? En el ordenamiento español sigue rigiendo el Artículo 1.6 del CC (“[l]a jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre, y los principios generales del derecho”), y el menos citado pero igualmente capital Artículo. 1.7 CC (“[l]os Jueces y Tribunales tienen el deber de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”). Y antes la Constitución, en su Artículo 117.3 CE, proclama que “[e]l ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”, con su complemento en el Artículo 117.4 CE según el cual “[l]os Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho”). Preceptos estos dos últimos ubicados en el Título VI de la Constitución

---

<sup>279</sup> Esto lo digo sin perjuicio de que entiendo, aunque no puedo desarrollarlo ahora, que no tan cierto que el *Common Law* sea en origen, ni mucho menos que actualmente lo sea, un Derecho jurisprudencial. En primer lugar porque entiendo que de los sistemas de *common law* y concretamente el sistema jurídico y político estadounidense, si han devenido sistemas de Derecho predominantemente jurisprudencial y en qué medida ha sido a resultas de una evolución pilotada por unos tribunales que, por vía de *interpretación* (¡otra vez!) se han arrogado funciones que no encuentran acomodo en los textos constitucionales. Y en segundo lugar porque en los Estados Unidos de América (tanto en el nivel federal como en el de los cincuenta Estados Federados) existe una verdadera pléyade de normas no jurisprudenciales (los *statutes*) de aplicación ordinaria y omnipresente. De nuevo, según Scalia, *op. cit.*, “[i]ncluso en los tribunales estatales, los casos que no conllevan la interpretación de una norma promulgada por el legislativo son raros. Y los tribunales federales, desde la sentencia *Erie R.R. vs. Tomkins* en 1939, han abjurado completamente de sus potestades de *Common Law* excepto en ámbitos muy precisos como el Derecho Marítimo; no sostienen la pretensión de tener la potestad de ‘descubrir’ ni de ‘crear’ normas que no resulten claramente del tenor literal de la ley” (la traducción es nuestra).

(“Del Poder Judicial”), texto donde la potestad legislativa la ostentan las Cortes Generales (Título III, “De las Cortes Generales”).

En mi opinión no es así. Al día de hoy es más que dudoso, por decir algo, que el papel de la jurisprudencia sea de hecho el complementario y limitado que marca el Artículo 1.6 CC. Hay ámbitos donde las acciones que ejercitan los particulares ante los Tribunales se apoyan, ante la indefinición o el carácter abierto y difuso de las normas aplicables, directamente en los pronunciamientos del Tribunal Supremo<sup>280</sup>. O si aún no ha llegado ningún asunto al conocimiento del Alto Tribunal, en la llamada *jurisprudencia menor* (que si hemos de atender al tenor literal del Artículo 1.6 CC, ni siquiera sería jurisprudencia)<sup>281</sup>. La exigencia de doctrina reiterada (dos o más sentencias) del Artículo 1.6 CC también es cada vez más dudosa que rija, habida cuenta de la tendencia del Tribunal Supremo a dictar sentencias de Pleno para resolver de una vez cuestiones donde haya dispersión de criterios al nivel de las Audiencias Provinciales<sup>282</sup>, combinada con las cada vez mayores restricciones del acceso a la casación<sup>283</sup>. En lo que hace a la obligación de atenerse los jueces al sistema de fuentes establecido del Artículo 1.7 CC, el proceso de integración en la

---

<sup>280</sup> En sus autos, sus sentencias... o incluso últimamente en sus *notas de prensa*, pues nuestros más Altos Tribunales se han dotado últimamente de equipos de comunicación que suelen facilitar al público, días o incluso semanas antes de que se publiquen en repertorios, las resoluciones propiamente dichas así como resúmenes cocinados de sus sentencias más esperadas.

<sup>281</sup> Así sucede actualmente, por ejemplo, en el terreno de las nuevas vías de oposición a las ejecuciones hipotecarias, donde los vacíos o inconcreciones legales son suplidos por los Juzgados de Primera Instancia mediante la invocación en sus autos, de sentencias judiciales de diverso nivel, tanto españolas como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

<sup>282</sup> Así por ejemplo, la conocidísima Sentencia del Tribunal Supremo 241/2013 de 9 de mayo (sobre *cláusulas suelo*) que, sin embargo, marró en su objetivo de dejar zanjado el tema, pues si bien a regañadientes tuvo que ser complementada por sentencias posteriores (al día de hoy, las SSTS 464/2014 de 8 de septiembre, y 138 y 139/2015 de 24 de marzo).

<sup>283</sup> La progresiva restricción del acceso a la casación obedece por supuesto en primer lugar a una cuestión de concepto (en España la casación no es una *tercera instancia*), pero también a que últimamente se han restringido las vías de acceso al Alto Tribunal no solo a resultas de las reformas correspondientes legales sino también como consecuencia del criterio que ha ido consolidando el propio Tribunal Supremo (su interpretación más o menos restrictiva de las normas procesales) al decidir si admitir o no a trámite, los recursos ante él planteados.

Unión Europea está ocasionando continuas fricciones conforme las instancias de la Unión van actuando con base en sus competencias *exclusivas*, *compartidas* o de *apoyo*<sup>284</sup>: es cada vez más frecuente que la normativa comunitaria dictada al amparo de esas competencias, bien por su tenor literal o por la interpretación (¡otra vez!) que hace de ellas el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se extienda a ámbitos antes considerados exclusivos de los Estados miembros. Un caso reciente y muy significativo fue la declaración por el referido Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 14 de marzo de 2013 (n° C-415/2011) e interpretando las exigencias de la ya citada Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas en contratos con consumidores, de que determinados preceptos de la Ley española de Enjuiciamiento Civil<sup>285</sup> y de la Ley y el Reglamento Hipotecario<sup>286</sup> eran contrarios a la normativa europea (que insistimos, era normativa de *consumo*). El dictado de esa sentencia supuso la automática incorporación a los procesos españoles de ejecución hipotecaria, de nuevas causas de oposición basadas en la nulidad del título hipotecario o de cláusulas del mismo por ser reputadas abusivas, causas que antes eran inconcebibles en el seno de la ejecución (que seguía adelante) y cuya consideración debía deferirse a un proceso declarativo (al término del cual podría ser que la enajenación del bien hipotecado ya fuese irreversible y solo quedase la posibilidad de indemnización en dinero si el inmueble ya hubiese sido transmitido a un tercero). Es cierto que el Gobierno español reaccionó rápidamente, promulgando la ya citada Ley 1/2013 de Protección a los Deudores Hipotecarios que, entre sus dictados, incluyó la reforma de la LEC y la LH. Pero lo que hizo el ejecutivo español no fue sino recoger obedientemente los dictados del Tribunal

---

<sup>284</sup> Respectivamente, Artículos 3, 4 y 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Véase, entre otros muchos, lo que sobre estas competencias expone K-D. Borchardt, *El ABC del Derecho de la Unión Europea*, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2011, pp. 42-43.

<sup>285</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>286</sup> Respectivamente, Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, y Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario.

de Justicia de la Unión Europea<sup>287</sup>, en materias que hasta entonces nadie hubiese imaginado que podían estar sujetas a las directrices de Bruselas o de Luxemburgo.

Más allá de eso, también las nuevas “técnicas” jurisprudenciales están acentuando este proceso de desplazamiento de la autoridad normativa, desde las instancias legislativas a las judiciales. Una de esas técnicas, también una importación de los Estados Unidos, sería la elaboración judicial de *tests* que funcionan a modo de *quasireglamentos*, disciplinando de forma minuciosa esta o aquella cuestión en la que el legislador solo ha establecido principios generales o estándares difusos. Esos *tests* se convierten así, de hecho, en la *normativa* que invocan luego los concernidos como generadora de verdaderos derechos. Nuevamente el ejemplo lo tenemos en materia de Consumo, donde muy recientemente fue llamativa la elaboración por el Pleno del Tribunal Supremo, en su citada STS 241 / 2013 de 9 de mayo sobre *cláusulas suelo*, de los hoy omnipresentes *tests* de “incorporación” y “transparencia”<sup>288-289</sup>.

---

<sup>287</sup> Con algunos errores de bulto... que fueron convenientemente puestos de manifiesto por posteriores pronunciamientos del TJUE, obligando al Estado español a modificar nuevamente la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley Hipotecaria.

<sup>288</sup> Aunque el Tribunal Supremo partió de lo establecido en la Orden Ministerial ya citada de 5 de mayo de 1994, lo cierto es que la STS 241 / 2013 vino a utilizar esa orden como *plantilla* o referencia en la elaboración de los referidos *tests*, pues por ejemplo decretó que los mismos eran aplicables a cualquier supuesto de financiación hipotecaria concedida a particulares, y no solo a los supuestos específicamente regidos por la Orden Ministerial. Esta norma, por ejemplo, era aplicable sólo a operaciones de menos de 150.000 €, y no era aplicable a operaciones de financiación por subrogación en el préstamo del vendedor. El Tribunal Supremo, sin embargo, estableció sus flamantes *tests* sin sujetarlos a esas limitaciones.

<sup>289</sup> Decimos que esos *tests* son omnipresentes y lo que nos queda por ver. Pues aunque fueron diseñados en una sentencia que conocía de una acción de cesación del uso de cláusulas predispuestas incorporadas a contratos con consumidores, y por lo tanto cabría entender *a priori* que ese sería su ámbito de aplicación, lo cierto es que, como afirman Carrasco Perera, Ángel y Cordero Lobato, Encarna, en “El espurio control...”, *op. cit.*, “si hasta ahora la validez de las cláusulas suelo había sido enjuiciada por las AAPP desde la perspectiva de los controles de inclusión y de abusividad... la sentencia comentada aplica un tercer filtro de control de validez de cláusulas contractuales, el control de transparencia, que puede conducir (es lo que se ha concluido en el caso enjuiciado) a la declaración de nulidad de las cláusulas que no sean transparentes. De este modo, una sentencia que en principio sólo estaba llamada a ser relevante en sede de cláusulas suelo en los contratos de financiación con consumidores, ha pasado a serlo en cualesquiera ámbitos negociales en los que se utilicen condiciones generales de la contratación, que, además de cumplir los correspondientes requisitos de incorporación y no abusividad, deberán ser

Independientemente de otras consideraciones<sup>290</sup>, lo cierto es que en la marea de litigación subsiguiente, posiblemente la mayor que se haya dado nunca en España, los consumidores se apoyan directamente en esos *tests* para justificar de qué modo, en su caso concreto, la cláusula en cuestión no se ajusta al estándar de *transparencia* de la LCGC y del TRLGDCU<sup>291</sup>. Y esto no solo en las demandas dirigidas contra las entidades condenadas por el Tribunal Supremo, sino en la generalidad de las impugnaciones contra todas las entidades financieras que habían incorporado a sus préstamos hipotecarios referenciados a interés variable cláusulas de limitación de la variabilidad de los tipos aplicables al cálculo de las amortizaciones.

Otra técnica que viene propiciando ese desplazamiento de la autoridad de creación de Derecho, sobre todo en pronunciamientos de los tribunales de mayor jerarquía (y especialmente en el ámbito de los tribunales de garantías constitucionales) sería la interpretación pretendidamente *evolutiva o progresiva* de normas o instituciones constitucionales o declarativas de derechos individuales. Al hacerlo así, no es solo que estos órganos judiciales o asimilados se arroguen una facultad de reinterpretar

---

'sustancialmente transparentes', de modo que sea posible un 'control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato' (§ 215 de la sentencia comentada)" [el énfasis es nuestro].

<sup>290</sup> Por ejemplo los llamativos problemas de *congruencia* entre las pretensiones de la parte actora en esos autos (se trataba de una asociación de consumidores que ejercitó una acción de cesación del Artículo 12 de la LCGC por el pretendido *desequilibrio* que al amparo del TRLGDCU supondrían las *cláusulas suelo*) y la decisión del Tribunal Supremo (que desatendió esa causa de acción y estimó parcialmente la demanda *colectiva* sobre la base de la supuesta falta de transparencia de las cláusulas impugnadas, cuestión sobre la que las partes y concretamente las entidades financieras demandadas no habían tenido oportunidad de defenderse), que están en la base de un recurso de amparo actualmente pendiente ante el Tribunal Constitucional, donde las entidades financieras recurrentes aducen, entre otras cosas, vulneración de su derecho de defensa. O la sorprendente invocación por el Tribunal Supremo de razones de "orden público económico" para desestimar una acción de reclamación de cantidad... que ni siquiera había sido ejercitada por la parte actora.

<sup>291</sup> En el ámbito estadounidense y también partiendo del nivel federal para luego extenderse a la generalidad de los Estados, ejemplo claro de *test* elaborado jurisprudencialmente con pretensiones de aplicación *erga omnes* y como interpretación evolutiva de normas de principio (en este caso prescripciones de la *Bill of Rights*) serían las conocidas *Miranda Warnings*, las advertencias creadas por la Corte Suprema *activista* de los años 60 en la sentencia *Miranda v. Arizona*, Sentencia de 13 de junio de 1966, 384 U.S. 436 (1966).

ción de normas e instituciones muchas veces fundamentales para definir el tipo de sociedad que queremos darnos, sino que a la vez ese paso adelante judicial puede llegar a suponer la exclusión del proceso democrático, legislativo o por vía de referéndum, de la consideración y definición de esas cuestiones. Aquí vuelve a ser aplicable el ejemplo de la evolución en Estados Unidos del régimen jurídico en materia de moral sexual, derecho a la vida, o configuración de la institución matrimonial: en aquel país, las manifestaciones anuales convocadas en Washington por organizaciones *prolife* y *prochoice* con motivo del aniversario de *Roe vs. Wade*, no dirigen sus proclamas al monumental edificio del Capitolio, sino que pasan de largo y se apostan ante el contiguo edificio, en apariencia más modesto, de la Corte Suprema Federal, sabedores de que es allí donde se juega verdaderamente la batalla. Los partidarios de determinadas reformas, como las que hemos mencionado (en materia de política criminal, derecho a la vida u otras), pueden estar hoy en día satisfechos con lo que de ese proceso ha resultado. Pero el problema de otorgar a los jueces (o permitir a los jueces que se arroguen por vía de interpretación) la capacidad de decidir determinadas cuestiones de forma inapelable, es que eso supone excluir toda posibilidad de someter esos asuntos al debate democrático<sup>292</sup>.

<sup>292</sup> Como ilustración de esto, puede recordarse que no hace mucho los entusiastas del activismo judicial se escandalizaron ante la decisión de la Corte Suprema del Estado de Texas de revocar dos sentencias de tribunales inferiores que habían declarado contraria a la Constitución texana la ley estatal prohibiendo los matrimonios civiles entre personas del mismo sexo (norma promulgada sobre la base de un previo referendo donde los ciudadanos de Texas se pronunciaron en ese sentido por una amplia mayoría del 76,25% de los votos emitidos). Véase por ejemplo la noticia en la página web <http://www.nbcnews.com/news/us-news/texas-supreme-court-stops-gay-marriage-after-first-wedding-n309231>, consultada el 17.2.2016. Ese escándalo pronto remitió porque poco después la Corte Suprema Federal confirmó, por cinco votos frente a cuatro, la constitucionalidad del matrimonio civil entre personas del mismo sexo [o más bien dictaminó que según su interpretación la Constitución impone que tanto a nivel federal como estatal deben permitirse y reconocerse tales uniones (sentencia *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. \_\_\_\_ (2015))]. Pero en las semanas previas a *Obergefell* eran significativos los términos en que unos y otros anticipaban el fallo de la Corte. En el editorial del New York Times de 16.1.2015, disponible en línea en [http://www.nytimes.com/2015/01/17/opinion/the-supreme-court-and-gay-marriage.html?\\_r=1](http://www.nytimes.com/2015/01/17/opinion/the-supreme-court-and-gay-marriage.html?_r=1), consultado el 17.2.2016, partiendo el diario de una posición claramente definida, concluía de forma lapidaria diciendo que “las parejas del mismo sexo y sus familias, amigos y comunidades llevan mucho tiempo esperando este momento. Los Jueces [de la Corte Suprema] tienen el poder y la responsabilidad de dotar de contenido [‘to give meaning’ en el original] a las promesas ínsitas en la Constitución,

## 2. El reforzamiento de la potestad normativa de las instituciones de la Unión Europea. Especial consideración al Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Del juego conjunto de los tres puntos analizados creo que resulta ya con claridad el cuarto fenómeno a tratar: el reforzamiento de la potestad normativa de las instituciones de la Unión Europea (y la paralela reducción de la capacidad de maniobra de los Estados miembros); y entre las instituciones europeas la emergencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como inesperado protagonista de cambios normativos cada vez de más extensión y calado.

En efecto: a pesar de que, incluso tras el Tratado de Lisboa y aún rigiendo sobre el papel el principio de subsidiariedad, los Estados miembros de la Unión Europea hayan cedido a esta únicamente parcelas limitadas de su soberanía<sup>293</sup>, cada vez es mayor, en cantidad y extensión, el flujo de normas comunitarias, en formas más o menos *soft* (Directivas y Reglamentos, pero también Decisiones Marco, Recomendaciones, Programas de Acción y otros instrumentos). Las instituciones

---

y acabar con la exclusión y la desigualdad de gays y lesbianas en los Estados Unidos” (la traducción y el énfasis son míos). Sea uno partidario o detractor de esta o aquella reforma, definida al gusto como “progresista” o “conservadora”, lo que quiero subrayar es que, claramente en los Estados Unidos, y a mi juicio de forma cada vez más acusada en la Unión Europea, de hecho se está desplazando la autoridad de decisión final e inapelable de todo tipo de cuestiones, incluso las más básicas para determinar qué tipo de sociedad queremos darnos, a los jueces y tribunales, y especialmente a los de más alta jerarquía, excluyéndose así esas cuestiones de toda posibilidad de debate democrático. Por cierto que poco después de *Obergefell*, y apoyándose en sus mismos postulados y argumentos, un buen número de familias polígamas (la más conocida, la formada por el mormón Kody Brown y sus cuatro esposas, protagonistas a la sazón de un *reality* que documenta la vida cotidiana del ¿matrimonio? y sus diecisiete hijos) han reclamado judicialmente el reconocimiento civil de sus uniones. Al fin y al cabo, según argumentaba su demanda el Sr. Brown con cita de *Obergefell* y otros casos en su línea, “desde que se rechazó en *Lawrence [v. Texas]* que la legislación debiese imponer normas morales, hasta la expansión de la protección de los intereses de la libertad en *Obergefell [v. Hodges]*, está claro que los estados tienen vedado recurrir a sus códigos penales para obligar o castigar a quienes eligen vivir relaciones consensuales aunque sean impopulares” (véase <http://www.mercatornet.com/conjugality/view/polygamists-sue-to-have-their-marriages-recognised/16742>, consultado el 17.2.2016).

<sup>293</sup> Véase lo dicho en nota 284, *supra*, sobre las competencias exclusivas, compartidas o de apoyo de la Unión Europea y sus instituciones.

europas, ese *cementerio de elefantes* al que los partidos políticos nacionales suelen mandar a las viejas glorias o a los que resultan ser compañeros incómodos, resulta no ser tal: los elefantes están muy vivos, aparte de bien alimentados.

Y esto a pesar de las competencias en principio limitadas de la Unión Europea (en esencia, mercado interior e igualdad de acceso al mismo de todos los ciudadanos de la Unión, cooperación judicial penal, política exterior y de seguridad común)<sup>294</sup>. El Derecho emanado de las instituciones europeas en ejercicio de estas competencias se caracteriza, en su imbricación con los ordenamientos nacionales, por su *primacía* y su *efecto directo*, “los pilares del ordenamiento jurídico de la Unión”<sup>295</sup>, tanto por las materias objeto de regulación como por los instrumentos a través de los cuales esta se articula. Pero aparte de lo que ya dijimos antes sobre la creciente producción normativa del Parlamento Europeo y de la Comisión, hoy en día incluso Decisiones Marco o Programas de Acción son tomados por los legislativos nacionales como guías para proceder a la inmediata reconfiguración de sus normas jurídicas internas, afectando así de forma más o menos directa campos absolutamente ajenos a las parcelas de soberanía expresamente transferidas a la Unión. Ya hemos expuesto el ejemplo de los cambios producidos en el ordenamiento español a resultas de la normativa comunitaria y de las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre consumo y cláusulas abusivas: de forma inesperada, España ha visto incorporadas a su ordenamiento, por *diktat* de las instituciones comunitarias, modificaciones de calado en la normativa sobre ejecuciones hipotecarias que han afectado a pilares básicos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la Ley y el Reglamento Hipotecario. Me consta que los procesalistas españoles aún están digiriendo el repentino descubrimiento de que la Unión Europea tenía competencias sobre legislación procesal, en contra de lo que establece el Artículo 149.1.6º de la Constitución española de 1978<sup>296</sup>. Supongo que lo mismo sucede entre los civilistas e hipotecaristas patrios.

---

<sup>294</sup> Cfr. K-D Borchardt, *op. cit.*, pp. 36 y ss.

<sup>295</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>296</sup> Artículo 149.1 de la Constitución: “El Estado [español] tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias... 6º. Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal...”.

Lo cual nos lleva de nuevo a una idea que ha aparecido varias veces ya en este trabajo. El proceso de convergencia de los Estados miembros de la Unión Europea con la misma Unión, la armonización de los ordenamientos nacionales y, por tanto, el establecimiento de un espacio común regido por principios homogéneos, puede ser y es un proceso querido e incluso deseable. La cuestión es que, partiendo de unos mimbres concretos, de nuevo la *interpretación* está revelándose como la cuestión definitoria de hasta dónde alcanzan los compromisos asumidos respecto a la Unión (por los Estados que la componen, y por los ciudadanos de estos), de dónde se deciden y quién decide las cuestiones básicas para organizar la convivencia y dotarnos de un determinado modelo de sociedad. Y con respecto a eso, recordemos que es necesario definir qué es *interpretar*, y antes, quién interpreta... y quién dice quién es el que interpreta.

Por cierto, que los mismísimos principios de primacía y efecto directo antes citados, con arreglo a los cuales se articula la coexistencia de los ordenamientos de los Estados miembros de la UE y las normas emanadas de las instituciones de esta, y de los que resulta el lugar preponderante y supraordenado de las normas comunitarias respecto a las nacionales, son principios acuñados y definidos, en su contenido y extensión, por el propio TJUE por vía de *interpretación* de una normativa comunitaria que no los explicita<sup>297</sup>.

#### IV. CERRANDO EL CÍRCULO. TODOS LOS CAMINOS CONDUCEN... A LUXEMBURGO

Dijimos al principio que los distintos fenómenos que hemos ido analizando se retroalimentan y se explican los unos a la luz de los otros. Y en efecto, de la consideración combinada de todos ellos, esto es, del juego conjunto de los dos ejes institucionales (desplazamiento de la potestad legisferante desde los órganos legislativos hacia los tribunales, y desde los Estados de la Unión Europea a la misma UE), reforzados por los de técnica legislativa (marea normativa que coexiste con la

---

<sup>297</sup> Sentencias 15 de julio de 1964, *Costa v. Enel*, y de 5 de febrero de 1963, *Van Gend & Loos*.

tendencia a legislar por estándares abiertos), resulta la creciente relevancia de la jurisprudencia para definir nuestros derechos y obligaciones como ciudadanos (españoles o de la Unión Europea) y para determinar el modelo de sociedad que queremos darnos.

A nivel nacional eso supondría el progresivo reforzamiento del alcance de la autoridad del Tribunal Supremo y de su *enemigo íntimo*, el Tribunal Constitucional, en relación con las demás instancias de poder interno (el legislativo y el ejecutivo) y más allá sobre la generalidad de los ciudadanos. Pero sobre todo y dado que nos encontramos inmersos en el proceso de integración en la Unión Europea y de armonización de nuestro ordenamiento con el comunitario, lo que resulta a mi juicio con gran claridad es el surgimiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como nueva y rutilante estrella del firmamento institucional, no solo al nivel de la Unión sino también en las entretelas de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Estas conclusiones, por lo tanto, no solo es que resulten de lo anterior sino que incluso han sido ya puestas de manifiesto en las páginas precedentes al hilo del estudio de casos concretos que me parecen significativos. En el caso del cada vez más relevante papel como *legislador* del Tribunal Supremo (y sin entrar ahora en el del Tribunal Constitucional) hemos tomado pie del inopinado ejemplo, aparentemente poco relevante por su objeto pero trascendental por las técnicas y los movimientos institucionales en los que se fundamenta y que expresa, de la STS 241/2013 de 9 de mayo sobre las *cláusulas suelo*. En el caso del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, también con base en decisiones sobre Derecho de Consumo que por tanto podría esperarse que no tuviesen tanta relevancia como se pretende en esta ponencia, hemos expuesto la significación y el impacto de sentencias como la de 14 de marzo de 2013 y posteriores<sup>298</sup> en cuanto que, para empezar, han puesto de manifiesto que ese Tribunal, por vía de *interpretación*, se ha arrogado la capacidad de operar modificaciones directas en áreas del Derecho español (y del resto de países

---

<sup>298</sup> Por ejemplo y en el mismo ámbito, las Sentencias del TJUE de 30.5.2013 (nº C-397/2011), 30.5.2013 (nº C-488/2011), 27.2.2014 (nº C-470/2012), 17.7.2014 (nº C-169/2014), 10.9.2014 (nº C-34/2013) y 21.1.2015 (nº C-482, 484, 485 y 487/2013).

de la Unión) como el Derecho Procesal o el Derecho Hipotecario, que en modo alguno cabía esperarse que estuviesen dentro de las transferidas a la Unión Europea. Qué otras áreas puedan seguir no es fácil predecirlo. Pero los cimientos para la irrupción jurisprudencial en el diseño europeo están ya bien asentados<sup>299</sup>.

¿Para bien o para mal? Como decíamos al hilo del análisis de los vaivenes jurisprudenciales producidos en los Estados Unidos en torno a la redefinición del matrimonio, uno puede ser personalmente partidario o detractor de esta o aquella reforma, definida al gusto como “progresista” o “conservadora”, epítetos que ya se sabe que no son neutros según quién los utilice y contra quién se profieran. Lo que quiero subrayar es que, claramente en los Estados Unidos y a mi juicio de forma cada vez más acusada en la Unión Europea, de hecho se está desplazando la autoridad de decisión final e inapelable de todo tipo de cuestiones, incluso las más básicas para determinar qué tipo de sociedad queremos darnos, a los jueces y tribunales, especialmente a los de más alta jerarquía. Una vez que ese proceso se consolide (ya está consolidado en los Estados Unidos, creo que está avanzado en Europa), la vaporosidad de las normas y principios constitucionales, la vaguedad

---

<sup>299</sup> Con el trasfondo de este análisis creo que se lee de otro modo el estudio que hace K-D. Burchardt como disciplinado funcionario europeo que es, de los principios de *efecto directo* y *primacía* del ordenamiento de la Unión Europea sobre el de los Estados por obra y gracia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Cfr. K-D. Burchardt, *op. cit.*, pp. 129-132 y concretamente lo que se dice en la p. 129, a saber (el énfasis es mío): *La aplicabilidad directa del Derecho de la Unión implica que este último confiere derechos e impone obligaciones directos, además de a las instituciones de la Unión y a los Estados miembros, también a los ciudadanos de la Unión. Uno de los grandes logros del Tribunal de Justicia [de la Unión Europea] es haber impuesto la aplicabilidad directa de las disposiciones del Derecho de la Unión contra la resistencia inicial de algunos Estados miembros, garantizando así la existencia del ordenamiento jurídico de la UE...[En la sentencia Van Gend & Loos] el Tribunal de Justicia señalaba que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico...cuyos sujetos son, no sólo los Estados miembros, sino también sus nacionales; que, en consecuencia, el Derecho comunitario, autónomo respecto a la legislación de los Estados miembros, al igual que crea obligaciones a cargo de los particulares, está también destinado a generar derechos que se incorporan a su patrimonio jurídico; que estos derechos nacen, no sólo cuando el Tratado los atribuye de modo explícito, sino también en razón de obligaciones que el Tratado impone de manera perfectamente definida tanto a los particulares como a los Estados miembros y a las Instituciones comunitarias.*

de los estándares que aquí y allá se establecen para disciplinar las conductas en materias de lo más variopinto, presumiblemente llevarán a los *interpretadores* judiciales a abordar con entusiasmo reformas que nos encontraremos que han quedado excluidas de toda posibilidad de debate democrático<sup>300</sup>.

---

<sup>300</sup> Lo cual nos lleva al análisis de Contreras Peláez, F.J., “¿Debemos alegrarnos de la muerte del positivismo jurídico?”, *Liberalismo, catolicismo y ley natural*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2013, pp. 321-335, donde analiza cómo, de forma inesperada y paradójica para quienes propugnan un *iusnaturalismo* clásico, un sano positivismo (un “positivismo suave” en la línea de Herbert Hart) podría acabar siendo la más eficaz barrera contra las tentaciones de omnisciencia ética de ciertos tribunales. Independientemente de la concepción *iusnaturalista* o *iuspositivista* que pueda sostenerse, o del criterio personal que se tenga sobre la bondad de esta o aquella reforma, Contreras pone de manifiesto cómo la situación actual nos lleva a una “creencia en jueces ‘hercúleos’ dotados de una especie de omnisciencia ética que les permite descubrir y aplicar ‘principios’ llamados a prevalecer sobre las normas aprobadas por órganos legislativos democráticamente legitimados”. O incluso, como hemos puesto de manifiesto con el ejemplo de los Estados Unidos, sobre normas resultantes de referendos populares aprobados por amplias mayorías.





**TEJA**

---

TRIBUNAL FEDERAL  
DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA