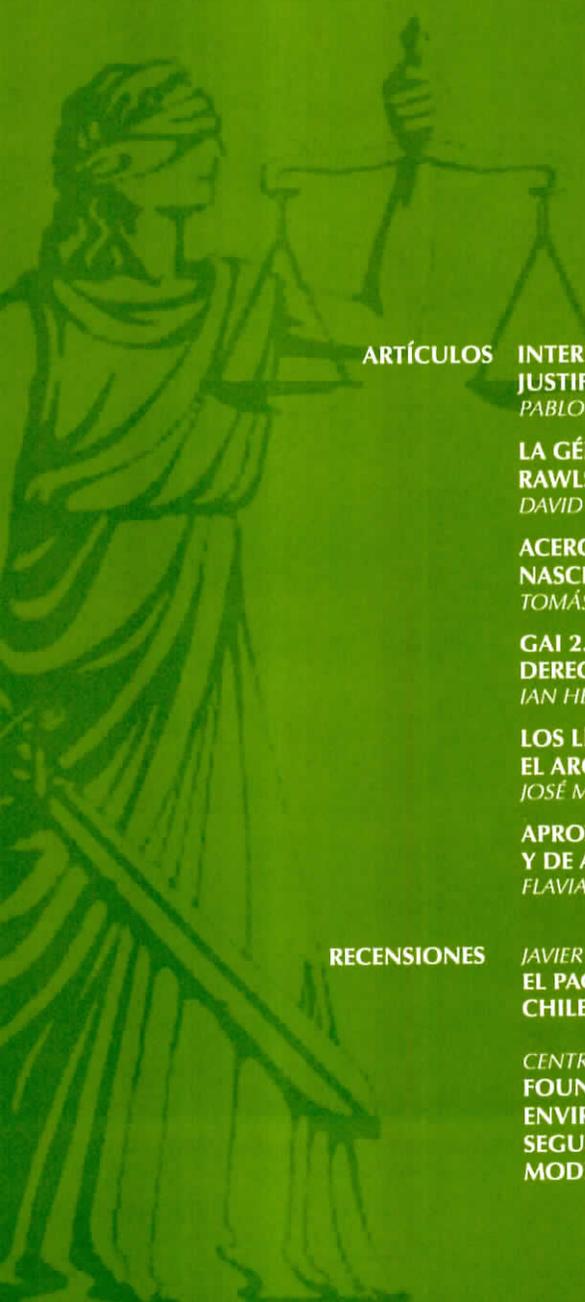




REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO

AÑO 6 - NÚMERO 6 - ISSN 0718-1167 - TEMUCO, CHILE - 2005



ARTÍCULOS **INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y MODELOS DE JUSTIFICACIÓN**

PABLO E. NAVARRO

LA GÉNESIS DE LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE JOHN RAWLS

DAVID QUINTERO FUENTES

ACERCA DE LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA DEL NASCITURUS

TOMÁS JAVIER ALISTE SANTOS

GAI 2.98 EN LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA DEL DERECHO CIVIL CHILENO

IAN HENRÍQUEZ HERRERA

**LOS LÍMITES DE LA ARGUMENTACIÓN:
EL ARGUMENTO DE LAS FORMAS DE VIDA**

JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI

**APROXIMACIÓN DE LA NOCIÓN DE AUDITORIO
Y DE ACEPTABILIDAD RACIONAL**

FLAVIA CARBONELL BELLOTO

RECENSIONES

JAVIER BARRIENTOS GRANDON

EL PAGO DE LO NO DEBIDO EN EL DERECHO CHILENO

*CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL
FOUNDATION FOR INTERNATIONAL
ENVIRONMENTAL LAW AND DEVELOPMENT,
SEGURIDAD DE LA BIOTECNOLOGÍA
MODERNA EN CHILE*



REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO
ESCUELA DE DERECHO

Representante Legal

MÓNICA JIMÉNEZ DE LA JARA

Rectora

Universidad Católica de Temuco.

Director Responsable

RODRIGO COLOMA CORREA

Director de la Escuela de Derecho,

Universidad Católica de Temuco.

Comité Editorial

RODRIGO COLOMA CORREA, Dr. en Derecho, Universidad Carlos III. Profesor de Introducción al Derecho, Escuela de Derecho, Universidad Católica de Temuco.

JESÚS ESCANDÓN ALOMAR, Dr. en Derecho, Universidad Complutense. Profesor de Introducción al Derecho, Universidad de Concepción y Universidad Católica de Temuco.

GONZALO NAVARRETE VILLEGAS, Dr. en Derecho, Universidad de Navarra, Profesor de Derecho Procesal, Universidad Católica de Temuco.

Comité Asesor

PAOLO COMANDUCCI, Dr. en Derecho, Catedrático de Filosofía del Derecho y de Teoría de la Justicia, Universidad de Génova, Italia.

ANDRÉS CUNEO MACCHIAVELLO, Profesor de Derecho Civil, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

ENRIQUE CURY URZÚA, Ministro de la Excm. Corte Suprema, Profesor de Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica de Chile.

ROGELIO PÉREZ PERDOMO, Dr. en Derecho, Profesor de Introducción al Derecho, Decano de la Universidad Metropolitana, Venezuela.

JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN, Dr. en Derecho, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile.

Coordinación

Claudio Agüero San Juan

Dirección:

Manuel Montt 056, Campus San Francisco, edificio E, tercer piso.

Teléfono: (56 45) 205 317

Fax: (56-45) 205 497

Correo electrónico:

revidere@derecho.uct.cl

Diseño gráfico

Katherine Hardessen R.

Fono 09 6411211 - www.hardessen.cl

Impresión

Imprenta Austral, Antonio Varas 945, Fono (45) 292929 - Fax (45) 235648 - Temuco

La Revista de Derecho es una publicación de la Escuela de Derecho de la Universidad Católica de Temuco. Es propiedad del Autor (c) Universidad Católica de Temuco. Registro Propiedad Intelectual N° 135.317.

Las opiniones y juicios expresados por los autores en sus artículos no representa necesariamente la opinión de la institución que edita esta revista.

Próximos temas de la Revista:

N° 7, 2005: La enseñanza del Derecho.

Bases de Datos en que figura la revista:

www.derecho.uct.cl

INDICE

07 PRESENTACIÓN

ARTÍCULOS DE DOCTRINA

- 11 **INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y MODELOS DE JUSTIFICACIÓN**
PABLO E. NAVARRO
- 45 **LA GÉNESIS DE LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE JOHN RAWLS**
DAVID QUINTERO FUENTES
- 69 **ACERCA DE LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA DEL NASCITURUS**
TOMÁS JAVIER ALISTE SANTOS
- 103 **GAI. 2,98. EN LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA DEL DERECHO CIVIL CHILENO**
IAN HENRÍQUEZ HERRERA
- 115 **LOS LÍMITES DE LA ARGUMENTACIÓN:
EL ARGUMENTO DE LAS FORMAS DE VIDA**
JOSÉ MANUEL CABRA APALATEGUI
- 135 **APROXIMACIÓN DE LA NOCIÓN DE AUDITORIO
Y DE ACEPTABILIDAD RACIONAL**
FLAVIA CARBONELL BELLOTO

RECENSIONES

- 175 JAVIER BARRIENTOS GRANDON
EL PAGO DE LO NO DEBIDO EN EL DERECHO CHILENO
- 183 CENTRO DE DERECHO AMBIENTAL
FOUNDATION FOR INTERNATIONAL
ENVIRONMENTAL LAW AND DEVELOPMENT,
SEGURIDAD DE LA BIOTECNOLOGÍA MODERNA EN CHILE

PRESENTACIÓN

Como ya se ha hecho costumbre, he de señalar que me siento muy complacido en presentar a la comunidad jurídica este nuevo número de la Revista de Derecho de la Universidad Católica de Temuco. Contamos en esta ocasión con seis artículos y dos reseñas, en los que principalmente se abordan temas propios de la llamada argumentación jurídica, de teoría de la justicia y de derecho privado. De seguro, más de uno de ellos captará vuestra atención, ya sea por su profundidad, ya sea por la originalidad de los planteamientos.

En esta ocasión, contamos con un motivo adicional de satisfacción pues estamos transitando desde una frecuencia anual hacia una de corte semestral. Esperamos que ello nos otorgue la posibilidad de entablar un contacto más estrecho con ustedes lectores, como asimismo, abrir un espacio para que un mayor número de investigadores puedan presentarnos sus mejores trabajos.

En los próximos números esperamos añadir a la tradicional versión en papel, una en formato electrónico que contenga todos los trabajos a texto completo. De esa manera, la accesibilidad de esta publicación debiera facilitarse enormemente, sobre todo a quienes residen fuera de las fronteras de nuestro país.

No podría finalizar esta breve presentación, sin expresar mis agradecimientos a los verdaderos motores de esta publicación, esto es, a los autores que generosamente nos han hecho llegar el producto de sus investigaciones. Ellos junto al comité editorial, revisores, diseñadores y demás colaboradores, han hecho posible este nuevo número que, de seguro, será de vuestro interés.

RODRIGO COLOMA CORREA
Director de la Revista de Derecho

**ARTÍCULOS
DE
DOCTRINA**



INTERPRETACIÓN DEL DERECHO Y MODELOS DE JUSTIFICACIÓN*

Pablo E. Navarro
CONICET, Argentina

I. Introducción

La justificación de las sentencias judiciales es un dato crucial para identificar y determinar el contenido del derecho de una cierta comunidad.¹ Dos razones íntimamente relacionadas dan cuenta de la relevancia de la noción de justificación de una sentencia. Por una parte, una primera caracterización del derecho de una comunidad surge de la identificación del conjunto de pautas que pueden invocarse como justificación de una decisión institucional. Si de manera unánime todos los miembros de una comunidad aceptasen que ciertos documentos, e. g. las leyes del Tali3n son irrelevantes para decidir sus casos judiciales, entonces ser3a extraño afirmar que esas leyes son parte del derecho de esa comunidad. Por otra parte, los 3rganos de adjudicaci3n no son instituciones que tengan absoluta discreci3n para decidir, sino que

*Una versi3n preliminar de este trabajo fue presentada a las *Jornadas Italo-Argentinas de Derecho*, realizadas en C3rdoba (Argentina) en Septiembre de 2004.

1. Las sentencias judiciales son una clase de las decisiones institucionales, es decir, aquellas cuyo resultado es la formulaci3n de una norma o regla. En este trabajo s3lo me ocupar3 de la justifi-
caci3n de las decisiones judiciales.

las decisiones institucionales tienen que estar justificadas en derecho.² A diferencia de una ley, que posee validez aunque el legislador no indique una justificación explícita, un requisito de validez de las decisiones judiciales es la motivación en derecho.³

Las normas o reglas jurídicas son razones que justifican una cierta decisión, y se asume que los jueces no tienen libertad para ignorarlos.⁴ Por el contrario, el presupuesto básico sobre el que se asienta la práctica de argumentación jurídica es precisamente que los jueces están vinculados por esas normas y que sus decisiones son arbitrarias cuando ellos se apartan injustificadamente de estas soluciones. Íntimamente asociados a este presupuesto están los valores de independencia judicial y subordinación a la ley. Sin embargo, el ideal de juez instalado en nuestras comunidades representa a los jueces como individuos encargados de encontrar la verdad, decidir con prudencia y suministrar justicia. Este ideal se aparta claramente de los modelos de decisión judicial con que se enfrentan los juristas. Quienes no tienen formación profesional en derecho generalmente consagran como jueces dignos de elogio a individuos que deciden sin restricciones impuestas por otros órganos. Por ejemplo, con frecuencia se citan como decisiones ejemplares, las soluciones que ofrecía Salomón o las que Cervantes pone en boca de Sancho Panza cuando ejerce el gobierno de Baratavia. En estos casos, no se ensalza el sentido de independencia judicial o subordinación a la ley, sino el ingenio para resolver problemas prácticos de manera satisfactoria o el sentido de justicia (equidad) de quien ha decidido el caso.

El objetivo central de este trabajo es el análisis de vinculación de los jueces al derecho. En particular, intentaré mostrar las consecuencias que se siguen de dos diferentes modelos de derecho para una adecuada comprensión de la función judicial. Conforme al primer modelo, el derecho es paradigmáticamente producido por autoridades y se agota en lo que ellas han decidido. Conforme al segundo modelo, el derecho es paradigmáticamente un esquema de justificación y suministra pautas correctas para decidir. Tal vez, ningún jurista defienda explícitamente el modo en que se presentarán en este trabajo ambos modelos. Más bien, es probable que los diferentes autores produzcan su propia concepción de estas ideas, matizando o reforzando sus tesis características. Por consiguiente, la discusión de estos modelos no debe entenderse como el intento de suscribir o refutar una doctrina específica, sino como una propuesta conceptual que nos permite destacar algunos de los rasgos centrales del razonamiento jurídico y mediante ellos analizar nuestras teorías y prácticas jurídicas.

2. RAZ, Joseph. "The Institutional Nature of Law" en *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1979, pp. 103-121.

3. BULGIN, Eugenio. "Sentencia judicial y creación de derecho" en ALCHOURRÓN, Carlos y BULGIN, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, editado por el Centro de Estudios Constitucionales, año 1991, pp. 356-357 y BULGIN, Eugenio. "Los jueces, ¿Crean derecho?" en *Isonomía* N° 18, año 2003, pp. 7-26.

4. En este trabajo, las expresiones 'normas' y 'reglas' serán usadas como sinónimos.

El primer modelo, al que denominaré Modelo Comunicativo (MC), se basa en una obviedad: el derecho depende de decisiones de autoridades. A diferencia de lo que sucede con la moral, el derecho es deliberadamente producido y aplicado por autoridades específicas. Mientras que no tiene sentido señalar que hay autoridades morales que puedan intencionalmente cambiar el status moral de una conducta, es un rasgo típico del derecho que la calificación jurídica de un comportamiento pueda modificarse mediante la formulación explícita de una norma por parte de una autoridad jurídica.⁵ De manera simplificada, puede sostenerse que una persona tiene autoridad cuando, en ciertas circunstancias, aquello que ella *dice* es relevante para determinar el status normativo de una cierta acción. Así, puede decirse que la autoridad se expresa mediante un lenguaje y comunica sus decisiones a los destinatarios de las normas a efectos de motivar sus comportamientos. En el Modelo MC, el límite del derecho estaría, entonces, asociado a los límites del lenguaje utilizado por las autoridades.

El segundo modelo, al que denominaré Modelo Justificatorio (MJ), también se basa en una importante intuición: el derecho sirve como justificación para intervenir en bienes básicos de los individuos. Una acción típicamente inmoral es aquella que de manera deliberada causa sufrimiento a un individuo. ¿Por qué la imposición de un castigo no es una práctica inmoral? Los jueces deciden deliberadamente, por ejemplo, imponer un castigo de prisión por un cierto delito y esta privación de la libertad normalmente provoca sufrimiento al individuo sancionado. Pero los jueces aplican el derecho, y ello presupone que el derecho sirve para justificar restricciones a la vida, a la propiedad, a la libertad o al honor de los individuos que, de otro modo, serían consideradas inmorales.

Ambos modelos asumen que el derecho impone obligaciones y, en particular, que los jueces están obligados a aplicar el derecho. El problema es que ninguno de los dos modelos puede por sí mismo ofrecer una explicación completa de la naturaleza del derecho. El desafío para el Modelo MC es explicar las diferencias entre las obligaciones que impone una autoridad y las exigencias de un asaltante. Dado que la existencia del derecho está típicamente asociada a las obligaciones que impone, la incapacidad de dar cuenta de la normatividad del derecho sería un serio defecto de este modelo.⁶ Por su parte, el problema del Modelo MJ es que no parece capaz de explicar en qué sentido el derecho está conectado a las decisiones de las autoridades.

5. HART, H.L.A. *El concepto de derecho*, Buenos Aires, editorial Abeledo Perrot, año 1961 pp. 217-220.

6. HART, H.L.A. "Legal Duty and Obligations" en *Essays on Bentham*, Oxford, editado por Oxford University Press, 1982, p. 144 (También véase: POSTEMA, Gerald "The Normativity of Law" en GAVISON, Ruth (ed), *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, editado por Oxford University Press, año 1987, pp. 81-104; BAYÓN, Juan Carlos. *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, editado por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, año 1991, REDONDO, María Cristina. *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, editado por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, año 1996.

Dado que el derecho típicamente depende de las decisiones de estas autoridades, la incapacidad de dar cuenta de la conexión entre derecho y autoridad sería un serio defecto del Modelo MJ.⁷

Finalmente, aunque ninguno de esos modelos pueda aisladamente proporcionar una explicación de la naturaleza del derecho, podría conjeturarse que una combinación de sus tesis sería el camino correcto para elaborar un modelo más adecuado. Sin embargo, esta sugerencia sería precipitada ya que los diferentes compromisos conceptuales de ambos modelos frustran los intentos de hacer compatibles sus respectivos enfoques. En particular, intentaré mostrar que ambos modelos son incompatibles, ya que mientras que el Modelo MC asume que el derecho se agota en lo que la autoridad prescribe, el Modelo-MJ admite como material jurídico relevante las razones que la autoridad tenía para prescribir lo que ha ordenado.

II. EL Modelo de comunicación

La base de MC son dos ideas bien conocidas. Por una parte, una de las principales funciones del derecho es motivar el comportamiento de los individuos; por otra parte, el derecho depende de las decisiones de las autoridades. El lenguaje es el hilo que conecta ambas ideas. Los individuos no pueden motivarse si no conocen lo que deben hacer. Si un individuo intenta determinar la conducta de otro, entonces debe comunicar qué es lo que hay que hacer o evitar. Éste es un deber técnico, que se basa en la conexión entre la información y la motivación. Como requisito para el éxito de la motivación, es preciso que se establezca una relación comunicativa entre emisor y receptor y el soporte de esta relación es un lenguaje compartido entre ambos. Al respecto, Alchourrón y Bulygin señalan:⁸

“La captación de sentido del enunciado que expresa una norma por parte del destinatario es condición necesaria para que la norma pueda cumplir el papel que le asigna el legislador: el de motivar determinadas conductas sociales. Si el destinatario no captó ese sentido, no puede ser motivado por la norma y no puede obedecerla ni aplicarla.”

7. Acerca de la importancia de la noción de autoridad en la explicación de la naturaleza del derecho, véase RAZ, Joseph. “Authority, Law, and Morality” en *Ethics in the Public Domain*, editado por Oxford University Press, año 1984, pp. 204-210.

8. ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, “Definiciones y Normas” en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Análisis Lógico y Derecho*, op. cit., p. 442.

Por tanto, en aquellos casos en que, sin conocer la existencia de una norma que impone una cierta pauta de conducta, la conducta del destinatario coincide con lo que le han prescrito, no puede sostenerse que su comportamiento haya sido motivado por la norma. Aunque es verdad que el individuo no desobedece la orden, parece exagerado afirmar que obedece la prescripción.

La autoridad de un individuo se manifiesta paradigmáticamente en la capacidad de modificar el status normativo de una acción *diciendo* qué es lo que los destinatarios deben hacer. Este rasgo es una de las características centrales de la autoridad jurídica ya que es la que nos permite explicar la naturaleza *dinámica* del derecho.⁹ Para el Modelo MC, el derecho se agota en lo que establece la autoridad, y dado que la autoridad expresa sus decisiones en un determinado lenguaje, los límites del lenguaje señalan los límites del derecho. De manera típica, la autoridad no descubre o meramente declara lo que es correcto hacer, sino que decide qué comportamientos deben ejecutar los individuos, y ello está recogido en la máxima de Hobbes: *auctoritas, non veritas, facit legem*.¹⁰

El vínculo entre autoridad y lenguaje necesita de mayores precisiones. En particular, es necesario distinguir claramente entre normas individuales y normas generales. En ocasiones, las autoridades se dirigen específicamente a los destinatarios de sus prescripciones, intentando determinar taxativamente qué individuos están obligados a ciertos comportamientos. Esa técnica de motivación, sin embargo, no puede tener éxito en un grupo social relativamente complejo. No es posible que la autoridad decida para cada individuo y para cada situación, qué acción debe ejecutarse.¹¹ Por ello, la autoridad emplea normas generales que sirven para regular clases de situaciones e individuos.¹²

Las normas generales pueden ser introducidas por medio de dos técnicas diferentes: la ejemplificación y las instrucciones. Según Hart,¹³ puede decirse que el ejemplo hace un *uso mínimo* de palabras clasificadoras, mientras que las instrucciones formuladas en un lenguaje hace un *uso máximo* de las palabras de clase. El ejemplo

9. Para un detallado argumento acerca de la naturaleza dinámica del derecho y su conexión con la autoridad, véase: HART, H.L.A. *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 113 y ss. y KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, 2da edición, editado por Porrúa, México, 1979, pp. 201 y ss.

10. Al respecto, véase: FERRAJOLI, Luigi. "Pasado y futuro del Estado de Derecho" en CARBONELL, M. (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, editorial Trotta, Madrid, año 2003, p. 15 en especial la nota 3.
11. ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, editado por la Universidad de Carabobo, Venezuela, año 1979, pp. 23-31.

12. HART, H.L.A. *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 26-27; 155-157. Acerca de la relevancia de las normas generales en el argumento de Hart, véase: COLEMAN, Jules, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis" en COLEMAN, Jules (ed), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, Oxford, año 2001, pp. 108-109.

13. HART, H.L.A. *El concepto de derecho*, op. cit., p. 155.

guía la conducta de manera imprecisa, dejando a criterio de quien sigue la regla la tarea de identificar los rasgos relevantes de la conducta a imitar. Quien imita la conducta ejemplar tendrá que descubrir qué aspectos del comportamiento son requeridos. Supongamos, siguiendo el ejemplo clásico de Hart, que un padre se dirige a su hijo, ordenándole imitar su conducta, y cuando llega a la iglesia se quita el sombrero. Su comportamiento puede ser descrito mediante infinitas propiedades. Así, puede decirse que el padre se ha quitado el sombrero con la mano derecha, o que se lo ha quitado inmediatamente antes de persignarse o que luego de quitarse el sombrero lo ha dejado sobre un banco y así, sucesivamente. ¿Cuál de todas estas características son relevantes para imitar?, ¿En qué se ha de parecer la conducta ejemplar y la que la imita? Para responder estas preguntas, el hijo tendrá que decidir por su cuenta sobre la base y su imitación se basará en su conocimiento de la situación, la probable reacción de comunidad, las intenciones del quien ejecuta el ejemplo, etc. La solución del caso dependerá de un juicio de analogía y semejanza, pero hasta que no se hagan explícitos los criterios que determinan las comparaciones, la afirmación de que el hijo sigue el ejemplo de su padre sólo será una conjetura.

Por el contrario, la guía del comportamiento mediante instrucciones tienen la ventaja de reducir la indeterminación. Una orden verbalmente formulada puede fijar los rasgos relevantes de la situación, evitando la incertidumbre acerca de los criterios de semejanza. La orden del padre, 'Quítate el sombrero al entrar en la iglesia' separa lo relevante de lo accesorio. Quien sigue la regla no necesita predecir las reacciones de la comunidad o adivinar las intenciones de quien formula la instrucción ya que cuenta con un criterio de relevancia fijado por el uso de las palabras clasificadoras. En otras palabras, para seguir la regla, sólo necesita comprender el lenguaje en el que ha sido formulada la orden. Aunque sea verdad que una situación particular pueda ser descrita mediante infinitos predicados, la enorme mayoría de ellos son irrelevantes para determinar si una conducta constituye un caso del seguimiento de una cierta regla.

Las ejemplificaciones y las instrucciones pueden ser vistas como formas rudimentarias de dos importantes técnicas jurídicas: el precedente y la legislación. El desarrollo del derecho contemporáneo ha favorecido claramente al uso de la legislación como técnica de motivación de conductas. Eso se refleja claramente en la proliferación de leyes que formulan las autoridades. Por ejemplo, en Argentina las primeras 5000 leyes fueron dictadas en un lapso de 44 años, mientras que las siguientes 5000 leyes fueron producidas en sólo 9 años.¹⁴ Estos datos avalan la afirmación de MacCormick, cuando sostiene que la legislación es, por excelencia, el procedimiento de creación de normas jurídica.¹⁵

14. BULYGIN, Eugenio. "Teoría y técnica de legislación" en *Análisis lógico y derecho*, op. cit., p. 410.

15. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, año 1978, p. 57.

De esta reconstrucción acerca de las normas generales y la motivación del comportamiento se siguen dos importantes consecuencias:

(a) *El Alcance de las normas*. El alcance de una norma es el conjunto de casos a los que ella se aplica. Mediante normas generales, la autoridad establece la correlación entre circunstancias genéricas y soluciones genéricas y no es necesario ni suficiente que haya anticipado la ocurrencia de eventos particulares para que estos estén resueltos por sus normas. Las normas sirven para resolver casos individuales que la autoridad no se ha representado previamente. Ahora bien, dado que las normas generales no se refieren específicamente a los casos individuales, surge un importante interrogante: ¿Qué es lo que conecta las normas generales y los casos individuales? ¿Qué es lo que determina el *alcance* de una norma?

Las diferentes variantes del modelo MC asumen normalmente que la conexión entre normas y casos depende del significado de las palabras usadas por el legislador. Sin embargo, legislar es decidir en situación de incertidumbre, ya que la autoridad desconoce relativamente el futuro y, por ello, sus propósitos se encuentran relativamente indeterminados.¹⁶ Esto conduce a una cierta perplejidad: el modo normal de conocer lo que una autoridad decide es tomar en cuenta lo que ha dicho, pero, a su vez, en casos imprevistos, lo que la autoridad ha dicho puede no reflejar sus intenciones. ¿Cómo debe analizarse, entonces, la relación entre decisiones de la autoridad, lenguaje normativo y la conexión entre normas y casos? En la práctica jurídica este interrogante refleja la tensión entre la letra de la ley y las decisiones de la autoridad. Al respecto, Kelsen sostiene:¹⁷

“La jurisprudencia tradicional reconoce en forma general la posibilidad de que la llamada voluntad del legislador o la intención de las partes en un negocio jurídico no correspondan a las palabras utilizadas en la ley o en el negocio jurídico.”

Luego añade,¹⁸

“Pese a los esfuerzos de la jurisprudencia tradicional no se ha logrado resolver, a favor de uno u otro, en manera objetivamente válida el conflicto entre voluntad y expresión... Inclinarsse a la voluntad supuesta del legislador, dejando a un lado el tenor literal, o bien atenerse estrictamente al tenor literal sin preocuparse por la voluntad – por lo general problemática – del legislador, es, desde el punto de vista del derecho positivo, equivalente por entero.”

16. HART, H.L.A. *El concepto de derecho*, op. cit., p. 160.

17. KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 351.

18. KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*, op. cit., p. 352.

Esta respuesta de Kelsen puede ser desafiada. Por ejemplo, Joseph Raz minimiza la diferencia entre decisiones de las autoridades y casos regulados por las normas que ellas han formulado, asumiendo que lo que dice la autoridad es aquello que intenta decir. En esta propuesta, la diferencia entre lo que una autoridad *decide* expresamente y lo que *dice* expresamente no juega un papel importante en la identificación de las normas jurídicas, aunque puede ser relevante en otros contextos. En gran medida ello es consecuencia de la institucionalización de los modos de creación del derecho, que permiten evitar discrepancias entre lo que se dice y lo que se quiere decir. Así, Raz afirma:¹⁹

“... Advertimos que la legislación no sólo requiere la intención de legislar, sino que también exige conocimiento de lo que se legisla ... La sugerencia natural es que los legisladores crean el derecho que intentan crear, y que lo hacen al expresar su intención de crear derecho.”

Luego añade,²⁰

“La manera normal de establecer lo que una persona intentó decir es establecer lo que dijo. ... Dado que la legislación está institucionalizada de tal manera que virtualmente no hay errores lingüísticos, pérdida de control físico, y otras explicaciones de acciones equivocadas, y dado que cualquier teoría concebible de la autoridad pone un gran énfasis sobre la relativa claridad en la demarcación de lo que cuenta y lo que no cuenta como un ejercicio de autoridad, la posibilidad de tener que ir más allá de lo que se dijo para establecer lo que se quiere decir es muy rara. Para propósitos prácticos, puede desaparecer completamente.”

Esta concepción sobre las relaciones entre creación del derecho, intenciones de las autoridades y formulación de normas permite evitar la discusión acerca de la primacía entre lo que la autoridad intenta prescribir y lo que efectivamente prescribe. Conforme a este presupuesto, las situaciones que comprende una norma sobre la base de lo que significan las palabras empleadas por la autoridad coinciden con lo que la autoridad ha querido regular.

La discrepancia entre las propuestas de Kelsen y Raz gira en torno a la conexión entre normas y casos, es decir acerca de qué es lo que decide si un caso cae en el alcance de una norma. Mientras Kelsen señala que esa conexión puede estar determinada tanto por el significado de las palabras de la ley como por la voluntad del legislador,

19. RAZ, Joseph. “Intention in Interpretation”, en ROBERT, George (ed), *The Autonomy of Law*, Oxford University Press, Oxford, año 1956, p. 266.

20. RAZ, Joseph. “Intention in Interpretation”, op. cit., p. 270.

Raz remarca que, en la práctica, esas posibles discrepancias son insignificantes. No es preciso tomar partido por alguna de estas propuestas, pero en cambio es importante señalar que, en tanto versiones del Modelo MC, ellas están comprometidas con el rechazo de las concepciones escépticas. En particular, el Modelo MC niega que el derecho esté radicalmente indeterminado, i. e. que cualquier decisión judicial es correcta o que siempre es necesaria una nueva decisión de la autoridad para resolver casos individuales. El derecho puede resultar parcialmente indeterminado y el margen de indeterminación puede ser mayor o menor, pero para ser fiel al Modelo MC es preciso asumir que las normas generales pueden determinar una situación normativa individual. Como señala Hart,²¹ cuando se regula el comportamiento mediante normas generales, el destinatario de una norma...

"... sólo tiene que reconocer ejemplos de términos verbales claros, que 'subsumir' hechos particulares bajo rótulos clasificatorios generales y extraer una simple conclusión silogística. No se le presenta la alternativa de elegir a su riesgo o pedir nuevas instrucciones dotadas de autoridad. Tiene una regla que puede aplicar por sí mismo."

Así, la línea que divide a MC de las doctrinas escépticas es la existencia de respuestas correctas que hacen innecesaria una nueva decisión de la autoridad o el interprete a efectos de determinar el estatus normativo de una acción.

A efectos de simplificar el análisis, en este trabajo se asumirá que para el Modelo MC el alcance de una norma está determinado por el significado de las expresiones que la autoridad emplea al formular sus prescripciones. La relación entre situaciones abstractas reguladas por las normas y los casos individuales es *conceptual* (interna) y no depende de lo que decidan los interpretes, sino del significado de las palabras y los hechos que se han producido. Así, una norma que dispone que los homicidas serán castigados regula el asesinato de César a manos de Bruto y esa norma se aplica a las circunstancias mencionadas aun cuando equivocadamente un juez sostenga que Bruto no mató a César.²²

Por supuesto, el significado de las expresiones empleadas por la autoridad no siempre tiene la suficiente precisión para determinar exhaustivamente la solución de todos los casos individuales. En estas situaciones marginales, es inevitable que el órgano de aplicación ejerza su discreción para determinar el alcance de una norma.

21. HART, H.L.A. *El concepto de derecho*, op. cit., p. 157.

22. BULYGIN, Eugenio. "Cognition and Interpretation of Law" en GIANFORMAGGIO, Letizia y PAULSON, Stanley. (eds), *Cognition and Interpretation of Law*, editado por Ciappichelli, Turín, Italia, 1995, p. 20.

En estos casos, las instrucciones guían la conducta de manera indeterminada, de manera similar a como lo hacen los ejemplos, y la decisión se basa en la semejanza y analogía que presentan las situaciones marginales con las características principales de los casos claros. Pero la existencia de estos casos marginales, en los que es necesaria una nueva decisión de la autoridad, no tiene que ocultar los casos típicos o paradigmáticos, en los que la solución no depende de una nueva decisión de las autoridades, sino de lo que señalan las normas generales.²³

(b) *La fuerza de las normas.* Por fuerza de las normas puede entenderse a la aptitud que tienen para justificar decisiones institucionales. Si la legislación es, por excelencia, el procedimiento de creación de normas jurídica, el paradigma de las normas generales válidas son las normas formuladas por el legislador. En gran medida, la relevancia de la legislación deriva del hecho de que las normas generales permiten resolver un número indeterminado, potencialmente infinito, de situaciones individuales (casos individuales) sin haberlas considerado previamente. En este sentido, Alchourrón y Bulygin señalan:²⁴

“Entendemos por normas generales las que correlacionan un caso genérico con una solución; indirectamente esas normas solucionan también todos los casos individuales que pertenecen a ese caso genérico. De esta manera, el legislador puede solucionar un número infinito de casos individuales mediante un número finito de normas generales.”

Las normas generales sirven como guía del comportamiento sólo en la medida en que ellas pueden ofrecer una ‘diferencia práctica’, es decir, su presencia o ausencia cambia las razones para la acción de los individuos.²⁵ Así, el hecho de que un determinado evento tenga una propiedad correlacionada por el legislador con una cierta solución tiene que tener relevancia para decidir lo que se debe hacer o no hacer. Para que esta técnica pueda funcionar eficazmente, es preciso que las normas generales impongan una solución a los casos individuales o, en otras palabras, es necesario que las normas generales válidas determinen la solución de los casos individuales. En una celebre frase, Dworkin recuerda esta idea de la siguiente manera:²⁶

23. HART, H.L.A. *El concepto de derecho*, op. cit., pp. 157-160.

24. ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, editado por Astrea, Buenos Aires, año 1974, p. 59.

25. Acerca de la diferencia práctica que producen las reglas, véase: SHAPIRO, Scott, “The Difference that Rules Make” en BIX, Brian. (ed) *Analyzing Law*, Oxford University Press, Oxford, año 1998, pp. 33-64.

26. DWORKIN, Ronald. “He Model of Rules I” en *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mas: Harvard University Press, año 1977, p. 24.

“Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si se producen los hechos que una norma regula, entonces, o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que establece debe ser aceptada, o bien la norma no es válida, y entonces no contribuye en nada a la decisión.”

Esta ‘capacidad práctica’ de las normas jurídicas está presupuesta en las estrategias argumentativas de los usuarios del derecho. Los participantes *invocan* las normas y *prueban* los hechos que ella establece como condición de una cierta consecuencia normativa. Se da por supuesto que la norma tiene capacidad para justificar una decisión institucional, es decir, los participantes no tienen que probar la fuerza de una norma jurídica.

La explicación de la fuerza de las normas jurídicas está en estricta relación con la identificación del material apto para justificar una decisión institucional. Al respecto, Alchourrón señala:²⁷

“Con respecto a la identificación de los elementos del sistema normativo a utilizarse como fundamento en una justificación, existen diferentes versiones de la teoría de acuerdo con diferentes formas de trazar la distinción entre las así llamadas fuentes formales y fuentes material del derecho. La versión más estricta considera a la legislación como la única fuente formal del derecho, mientras que la costumbre así como otras clases de normas son consideradas sólo cuando la legislación indica las circunstancias en las cuales deben ser tomadas en cuenta.”

Ahora bien, si la única fuente admisible para la justificación de una decisión es la legislación, entonces la discusión acerca de la fuerza de las normas legisladas pierde relevancia. Cuando un caso está regulado mediante una norma legislada válida, esta norma impone concluyentemente una solución ya que es el único tipo de pautas que puede ser invocada para fundamentar una decisión jurídica. Dado que es tradicional asumir que las normas tienen fuerza concluyente para decidir la solución de un caso, es normal que los juristas se limiten a discutir acerca de la validez de la norma, de su alcance (i.e. si la norma regula o no el caso en cuestión), o sobre los hechos que efectivamente han ocurrido. Y, finalmente, ello resulta en que, en los casos en que los juristas no están dispuestos a admitir que la norma tiene fuerza (i.e. es apta) para justificar una decisión, el argumento central sea que, en definitiva y más allá de lo que pareciera sugerir el texto de una disposición, la norma no regula el caso.

27. ALCHOURRÓN, Carlos. “Sobre derecho y lógica” en Revista Isonomía Nº 13, año 2000, pp. 15-16.

III. Normas generales y casos individuales

La naturaleza de la relación entre normas generales y casos individuales es con frecuencia motivo de discrepancia por la ambigüedad de las expresiones involucradas en el análisis. Una primera ambigüedad surge de la palabra 'caso'. Como bien señalan Alchourrón y Bulygin,²⁸

"... es que el término 'caso' es ambiguo, tanto en el lenguaje jurídico, como en el lenguaje común. Así, por ejemplo, se habla del caso de homicidio político y del caso de asesinato de Gandhi, del caso de divorcio y del caso de divorcio de Brigitte Bardot; del caso de sustracción de cadáveres y del caso de los Caballeros de la Noche. Obviamente, la palabra 'caso' no significa lo mismo en todas estas frases. El asesinato de Gandhi es un acontecimiento real, que ha ocurrido en un lugar y en un momento temporal determinados. La expresión 'el caso de homicidio político' no alude a ningún acontecimiento concreto; es una mera descripción de ciertas propiedades que determinados acontecimientos pueden tener. La propiedad de ser un homicidio político puede ejemplificarse en un número indeterminado de situaciones reales u ocasiones... A fin de eliminar esa ambigüedad introduciremos las expresiones 'caso individual' y 'caso genérico'."

La diferencia entre casos genéricos e individuales es importante porque las normas generales correlacionan casos genéricos o posibles propiedades que pueden tener los acontecimientos con ciertas consecuencias normativas. A su vez, las normas individuales solucionan casos individuales de manera específica. En este sentido, la parte resolutoria de una sentencia judicial es un ejemplo típico de norma individual y la legislación (e.g. las normas del Código Civil) es paradigmáticamente un conjunto de normas generales. Esta noción de norma general es *clasificatoria* y una norma es o bien una norma general o bien una norma individual, según sea que solucione a un caso genérico o un caso individual.

Los juristas, sin embargo, emplean con frecuencia otra noción de norma general, como opuesta a lo que pueden denominarse 'normas elementales'.²⁹ Tanto las normas generales como las normas elementales solucionan casos genéricos. Así, las normas elementales y generales se parecen en que ambas regulan un número indeterminado de casos individuales y fundamentan infinitas normas derivadas como consecuencia lógica, pero la diferencia entre ambos tipos de normas radica en su mayor o menor

28. ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 58.

29. Acerca de esta clasificación de las normas, véase: ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 79 y 125.

alcance. A efectos de explicar esta diferencia entre normas generales y elementales, es preciso introducir ciertas nociones previas. Supongamos que nos interesa analizar la transferencia de un bien inmueble. En principio, existe un número ilimitado de eventos que son ejemplos de transferencia de estos bienes y algunas de las infinitas propiedades que ellos pueden presentar son:

- Título oneroso o título gratuito,
- Buena fe del enajenante o mala fe del enajenante,
- Buena fe del adquirente o mala fe del adquirente,
- Inscripción del inmueble en el registro inmobiliario o ausencia de inscripción en el registro inmobiliario
- Intervención de menores en el negocio jurídico (M) o ausencia de menores en el negocio jurídico.

Ahora bien, ¿Cuáles de todas estas propiedades son jurídicamente relevantes?³⁰ En principio, la respuesta más simple es señalar que son relevantes todas aquellas propiedades que el legislador ha mencionado en la formulación de sus normas. Por ejemplo, para el problema de la restitución de bienes inmuebles, en los artículos 2777 y 2778 del Código Civil, Vélez Sarfield tuvo en cuenta al título oneroso o gratuito de la transferencia y la buena o mala fe de los adquirentes o enajenantes. Estas propiedades que menciona el legislador sirven como marco de análisis de las situaciones jurídicas particulares ya que estas últimas pueden ser estudiadas como instancias o ejemplos de situaciones que el legislador ha regulado en abstracto. Este marco de análisis es denominado *Universo de Casos UC*. Las combinaciones de propiedades están representadas en el siguiente diagrama mediante el signo '+' para los casos en que la propiedad está presente y mediante el signo '-' en casos en que la propiedad está ausente. La siguiente tabla muestra cuáles son todas las combinaciones lógicamente posibles de las tres propiedades mencionadas.

	BFE	BFA	TO
1	+	+	+
2	-	+	+
3	+	-	+
4	-	-	+
5	+	+	-
6	-	+	-
7	+	-	-
8	-	-	-

30. Este análisis sigue a las ideas desarrolladas por ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit. En especial, véase, capítulo I, II y VI.

Estas ocho situaciones en las que se menciona a una propiedad o su negación son casos elementales de ese Universo de Casos. Una norma elemental es la que correlaciona una solución normativa a un caso elemental. Por ejemplo, si el legislador dispone que no procede la restitución en los casos de buena fe del enajenante, buena fe del adquirente y título oneroso, su norma es una norma elemental (i.e. ofrece una solución al caso elemental 1).

Es importante recalcar que mientras que los eventos individuales de transferencia de un bien inmueble son difíciles de enumerar, las situaciones previstas en abstracto por el legislador puede determinarse con relativa facilidad. Como hemos visto, Vélez Sarfield sólo ha tomado en cuenta tres propiedades lógicamente independientes, i.e. la presencia o ausencia de una de ellas es compatible con la presencia o ausencia de las otras y ello limita el análisis a ocho situaciones analíticamente posibles que surgen de la combinación del título oneroso o gratuito de la transferencia y la buena o mala fe de los adquirentes o enajenantes.

Una transferencia que se haya realizado con mala fe del enajenante (\neg BFE), buena fe del adquirente (BFA) y mediante título oneroso (TO) ejemplifica el caso 2 del diagrama. Las normas de los artículos 2777 y 2778 del Código Civil establecen: (N1) Si la transferencia es a título gratuito, entonces es obligatoria la restitución del inmueble y (N2): Si la transferencia fue realizada con mala fe del enajenante y mala fe del adquirente, entonces es obligatoria la restitución. Estas normas pueden representarse de la siguiente manera: (N1) \neg TO à OR; (N2) \neg BFE y \neg BFA à OR.

En la representación tradicional de las normas, el vínculo entre el supuesto de hecho y la consecuencia normativa es de condición suficiente, es decir, la ocurrencia del evento previsto en el antecedente de una norma determina la calificación normativa de la acción. En el caso de la norma (N1) es *suficiente* que la transferencia haya sido a título gratuito para que surja la obligatoriedad de la restitución. Dado que el antecedente de estas normas constituye una condición suficiente para su aplicación, puede afirmarse que la norma (N1) regula *todos* los casos genéricos en que se presente título gratuito (i.e., en los que se encuentre negado el título oneroso). Así, la norma (N1) regula los casos genéricos 5, 6, 7 y 8. Por el mismo argumento, es posible decir que (N2) regula los casos genéricos en los que no hay buena fe del enajenante y el adquirente, i.e. casos 4 y 8 del diagrama.

La norma (N1) regula cuatro casos elementales y la norma (N2) regula sólo dos casos elementales de este Universo de Casos UC. Por ello, la primera norma es más general que la segunda. De esta manera, aunque tanto (N1) como (N2) puedan regular un *número ilimitado de casos individuales*, el alcance de (N1) es mayor ya que ella regula mayor cantidad de casos elementales. En este sentido, la noción de norma general es comparativa, ya que una norma (N1) puede ser más o menos general que otra norma (N2). Aunque el legislador no haya mencionado expresamente las

situaciones que sus normas regulan, de las normas que ha formulado expresamente se sigue *implícitamente* la solución de esos casos. Esto significa que el *alcance* de una norma general, i.e. su contenido conceptual, sólo puede determinarse una vez que se extraen las consecuencias lógicas de lo que ha dicho expresamente el legislador.

La tarea de determinar las consecuencias lógicas de una norma es, a menudo, denominada 'interpretación del derecho'. Como señalan Alchourrón y Bulygin,³¹

"... buena parte de lo que los juristas llaman 'interpretación' en este contexto, puede ser reconstruido como determinación de las consecuencias normativas de un conjunto de enunciados de derecho para un problema o materia determinada."

Por consiguiente, una función central de la interpretación jurídica es establecer el alcance de las normas generales, y esta es una tarea crucial porque permite advertir claramente la conexión entre normas generales y casos individuales. Hemos visto que los casos individuales pueden ser descritos mediante infinitas propiedades, pero las propiedades expresamente mencionadas por el legislador son finitas, aun cuando pueden ser numerosas. Estas propiedades que menciona el legislador son relevantes ya que su presencia o ausencia están asociadas con diferentes consecuencias normativas, y es posible mostrar que las propiedades que el legislador no menciona son irrelevantes ya que su presencia o ausencia no modifica el estatus normativo de las acciones. Por esta razón, aunque un evento particular pueda ejemplificar infinitas propiedades individuales, la enorme mayoría de ellas serán irrelevantes desde el punto de vista de la calificación jurídica que el legislador ha otorgado a una acción.

Una vez que se distingue entre diferentes sentidos de normas generales y se advierte que las normas implícitas (i.e. las que se derivan lógicamente de las normas formuladas) desempeñan un papel central en la identificación del alcance de una norma general, es necesario distinguir entre diferentes sentidos de 'norma individual' ya que en esa ambigüedad se esconde la fuente de numerosos malentendidos y discrepancias. Una norma individual es tanto una norma implícita que se deriva de una norma general más ciertos hechos como la norma que formula un juez para resolver una controversia particular. Por ello, no hay que confundir la relación de subsunción, que es una relación *conceptual* (interna) entre normas y los casos que regulan, con la relación de justificación en la aplicación de las normas. Esta relación de justificación es *institucional* (externa). Aunque sea verdad que una norma se aplica a un cierto caso, no se sigue que sea verdad que el juez ha aplicado o deba aplicar esa norma para resolver el caso. Que una norma se aplique o no a una determinada

31. ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., p. 114.

situación es una cuestión conceptual, mientras que la aplicación de una norma en el proceso de justificación de la solución de un caso es una cuestión institucional.

La diferencia entre las relaciones conceptuales e institucionales que existen entre normas generales y casos particulares, sirve también para comprender adecuadamente la naturaleza de las soluciones que esas normas atribuyen a esos casos y exige distinguir claramente entre sentidos diferentes de la palabra 'caso individual'. Por una parte, podemos referirnos a un caso individual en el sentido de situaciones que son una instancia o ejemplo de los casos regulados de manera abstracta por una norma. Por otra parte, podemos hablar de casos individuales en el sentido de controversias que se deciden en sede judicial, mediante un proceso jurídico específico. A efectos de evitar confusiones, la expresión 'caso individual' se usará en el primer sentido señalado, mientras que la expresión 'caso judicial' se usará para hacer referencia a las controversias que se resuelven mediante un proceso judicial.

Si un caso individual es una instancia del supuesto de hecho establecido por la norma general, entonces, la solución que esa norma atribuye al caso se impone sin necesidad de una nueva decisión al respecto. La calificación normativa de la norma general se 'trasmite' de manera concluyente al evento individual, de manera similar al modo en que el valor de verdad de las premisas se transmite a las conclusiones en una inferencia. Quien afirma las premisas de un argumento ha implícitamente afirmado también las proposiciones que se siguen como conclusiones, aunque no haya considerado o advertido expresamente el alcance de sus afirmaciones. De igual manera, quien regula una clase de situaciones mediante una norma general también ha regulado implícitamente los casos individuales que se encuentran en el alcance de una norma. En este sentido, la fuerza de un argumento (teórico o normativo) es 'concluyente', o podemos sostener que un argumento 'impone' una conclusión.

Por el contrario, si nos referimos a los casos en el sentido de casos judiciales, entonces la solución de estos casos siempre exige una nueva decisión institucional. La solución de un pleito exige la intervención de un órgano de aplicación del derecho y el hecho de que una norma general solucione un determinado caso individual no es condición necesaria ni suficiente para sostener que el juez soluciona el pleito mediante la aplicación de esa norma. La relevancia de la norma general aplicable para la solución institucional de un determinado caso judicial depende de otros hechos adicionales, e.g. de lo que las partes hayan probado en el proceso. Por consiguiente, la pregunta '¿Qué conecta a las normas generales y los casos individuales?' admite diferentes respuestas según sea la noción de caso que se tenga en mente, ya que mientras la relación entre normas generales y casos individuales es *conceptual* (interna), la relación entre normas generales y casos judiciales es *institucional* (externa).

IV. Subsunción y justificación

El esquema de justificación de las decisiones judiciales conocido como ‘subsunción’ puede verse como una forma de articular las relaciones entre el alcance y la fuerza de las normas. En palabras de Moreso,³²

“La aplicación del derecho suele concebirse como la actividad consistente en determinar la norma individual que establece una cierta consecuencia normativa para un caso individual determinado. Para tal fin, se trata de mostrar que dicho caso individual es una instancia de un caso genérico al que una norma jurídica aplicable correlaciona con esa consecuencia normativa. A dicha operación se la conoce con el nombre de subsunción.”

Para el Modelo MC, la justificación de una decisión judicial consiste en incluir un evento particular en el alcance de una norma general y derivar para el caso individual la solución normativa establecida en abstracto por la norma general. Esta operación puede ser reconstruida como un razonamiento lógicamente válido, i.e. el llamado silogismo judicial, en el que la premisa mayor es una norma general válida, la premisa menor es la descripción de los hechos operativos mencionados por la norma general y la conclusión es la declaración del juez sobre las consecuencias normativas que se siguen de las mencionadas premisas.

En este esquema de justificación, las propiedades que determinan la solución de un caso individual son las que el legislador ha seleccionado en sus normas generales. La subsunción consiste, precisamente, en hacer explícita la conexión entre las propiedades normativamente relevantes que ha señalado el legislador y ciertas propiedades que presenta el caso individual. Sin embargo, el problema radica en que, como hemos señalado anteriormente, cualquier evento particular puede describirse mediante infinitas propiedades, y el límite en el detalle de nuestras descripciones obedece a razones pragmáticas, e.g. economía en la comunicación, relevancia de la información, etc. Por consiguiente, ¿Cuáles de las infinitas propiedades que puede presentar un caso individual son relevantes para la justificación de una decisión? El esquema subsuntivo de justificación asume que las propiedades seleccionadas por el legislador *excluyen* a otras propiedades que pueden presentar los casos individuales.³³ En algunas ocasiones, la fuerza excluyente de las normas es expresamente destacada por el legislador. Por ejemplo, desde 1848, los diferentes códigos penales de España establecen que los jueces se encuentran rigurosamente obligados por las leyes y, entre

32. MORESO, José Juan. “Conflictos entre principios constitucionales” en CARBONELL, M. (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., pp. 99-100.

33. Acerca de la naturaleza de las normas como razones excluyentes véase, RAZ, Joseph. *Practical Reason and Norms*, 2ª edición, Princeton University Press, año 1990, pp. 49 y ss.

otras cosas, ello significa que los jueces no pueden dejar de lado las normas penales con el pretexto de que la pena es desproporcionada a la falta cometida o que la conducta no merece reproche penal.³⁴ En estos casos difíciles, los jueces tienen la posibilidad de solicitar al poder ejecutivo el indulto para quien ha infringido la norma. Detrás de estas ideas subyace la convicción de que legislar es decidir una situación, y que la función de una autoridad es determinar normativamente el estatus de una acción. En otras palabras, el legislador no *aconseja* acerca de las consecuencias normativas de las conductas, sino que *ordena* a jueces y destinatarios una cierta pauta de comportamiento.

El abandono del esquema subsuntivo de justificación representa un desafío a criterios de racionalidad profundamente arraigados en nuestras redes conceptuales. Este esquema pretende ejemplificar un razonamiento lógicamente válido, i.e. una inferencia en la que no se puede rechazar la conclusión una vez que se han establecido sus premisas. En este sentido Bulygin señala:³⁵

“Justificar o fundar una decisión consiste en construir una inferencia o razonamiento lógicamente válido, entre cuyas premisas figura una norma general y cuya conclusión es la decisión. El fundamento de una decisión es una norma general de la que aquélla es un caso de aplicación. Entre el fundamento (norma general) y la decisión hay una relación lógica, no causal. Una decisión fundada es aquella que se deduce lógicamente de una norma general (en conjunción con otras proposiciones fácticas y, a veces, también analíticas). Desde luego, no se trata aquí de afirmar que el juez encuentra la solución del caso mediante un proceso deductivo a partir de las normas generales. De qué manera el juez arriba a su decisión es un problema psicológico que no interesa en este contexto; sólo nos interesa el problema lógico de la fundamentación.”

La otra cara de la moneda de la justificación es la arbitrariedad. En este contexto, ‘decisión arbitraria’ no significa que la solución sea irrazonable o estúpida, sino más bien que si el razonamiento justificatorio no es lógicamente concluyente, entonces siempre es posible encontrar una alternativa a la decisión que ha tomado el juez. De esta manera, la justificación se ve seriamente debilitada ya que no es posible mostrar que es la solución jurídicamente *correcta*. Si hay varias decisiones disponibles, la elección de una de ellas en detrimento de las otras parece más un puro acto de voluntad que una decisión apoyada en un argumento.

34. Para una crítica a esta idea, véase: BACIGALUPO, Enrique. “Sobre la vinculación del juez a la ley penal” en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 1 y 2, año 1997, pp. 39-50.

35. BULYGIN, Eugenio. “Sentencia judicial y creación de derecho”, en ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Análisis Lógico y Derecho*, op. cit., p. 356.

V. El Modelo de Justificación

En el Modelo MC, el fundamento de la calificación normativa de una acción es lo que ha dicho la autoridad. Esta tesis trasciende el ámbito de la teoría del derecho y es fácil encontrar diversas instituciones dogmáticas en las que juega un papel principal. Por ejemplo, en el derecho penal liberal se pretende que la práctica del castigo se asiente sobre la base del Principio de Legalidad. De acuerdo a esta exigencia sólo pueden considerarse como delitos aquellas conductas que la autoridad ha expresamente asociado a una sanción penal. Aunque existan razones para prohibir una determinada conducta, si la autoridad todavía no ha dictado una norma al respecto, entonces esa conducta aún no está penalmente reprochada. Como se ha señalado anteriormente, cuando las decisiones de la autoridad son el único fundamento del estatus normativo de una acción, entonces es natural dejar de lado el problema de la fuerza del derecho. En otras palabras, si las normas que formula la autoridad son las únicas que pueden justificar una decisión institucional, entonces no tiene mucho sentido discutir acerca de qué relevancia tiene lo que dice una autoridad para resolver un caso.

Por el contrario, cuando se admite que las decisiones de la autoridad son el punto de partida para determinar la calificación normativa de una acción, pero que ellas no imponen una solución, entonces el problema de la fuerza de las normas cobra especial importancia. Por ejemplo, si además de las normas formuladas por la autoridad, los individuos pueden invocar ante los tribunales otro tipo de pautas y los jueces pueden justificar sus decisiones en normas que no han sido formuladas por las autoridades, entonces es necesario responder acerca de cuánto cuenta lo que ha dicho la autoridad frente a otras normas. En este trabajo sólo me ocuparé de un tipo de consideraciones normativas que tienen un papel relevante para la justificación de las decisiones judiciales: las razones que el legislador tenía para ordenar lo que ha prescripto.

Al igual que otras acciones intencionales, la formulación de una norma pretende asegurar determinados objetivos. Por ejemplo, el artículo 178 de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) dispone una indemnización agravada en caso de que una mujer trabajadora sea despedida arbitrariamente en un plazo de siete meses y medio antes o después del parto. Esta norma tiene diversos objetivos, por ejemplo, proteger la salud de la mujer trabajadora y de su familia, facilitar la integración familiar, etc. Estos objetivos justifican la decisión del legislador; es decir proporcionan una razón para dictar la norma que ha formulado la autoridad. Los juristas acostumbran a referirse a estas razones como 'principios', y con frecuencia apelan a ellos para determinar la solución de una controversia. Los legisladores pueden guiar la conducta de un grupo formulando un principio; por ejemplo, si en lugar del artículo 178 LCT el legislador hubiese dicho: 'Es obligación del empleador velar por la salud de la mujer trabajadora y de su familia'. Un principio contribuye sustantivamente a la justificación de una decisión, pero no impone una solución en una controversia. Así, a diferencia del

artículo 178 LCT, este principio de protección ofrece mayor flexibilidad y alcance, es decir cubre un número indeterminado de situaciones ya que no determina taxativamente la conducta que el empleador debe producir o evitar.

En el Modelo MJ, las normas no tienen fuerza para imponer una decisión. Ellas suministran una guía para decidir, pero su fuerza tiene que ser explicada a partir de los principios que las justifican. Las normas contribuyen a la decisión de un caso sólo en la medida en que establecen una pauta correcta de comportamiento. Una de las funciones centrales del derecho es justificar la intervención en bienes básicos de los individuos, i.e. la vida, la propiedad, la libertad, etc. Si el derecho no tuviese aptitud moral, estas decisiones no podrían considerarse justificadas y, por ello, las decisiones que la autoridad toma son sólo indicios de lo que debe hacerse, pero no tienen capacidad de imponer una solución. Esta relación de dependencia entre normas y sus justificaciones permite sostener que ciertas decisiones de las autoridades son incorrectas y que, por ello, tienen que ser descartadas como errores institucionales. En otras palabras, puede ocurrir que las decisiones de las autoridades tengan que ser dejadas de lado ya que no pueden ser vistas como coherentes con los principios que las justifican. Por ejemplo, en 1999, la Cámara Nacional del Trabajo tuvo que resolver sobre la indemnización a una mujer trabajadora que había adoptado a una niña y había sido despedida por el empleador dos meses después de notificarle de esa adopción.³⁶ Como hemos señalado, el artículo 178 LCT protege a la mujer trabajadora en un lapso de siete meses y medio después del parto. En el voto principal del fallo, el ponente señala:

“Considero que la ley no ampara sólo meros procesos biológicos, como son el embarazo y el parto. Tienen en cuenta su significación espiritual y su trascendencia social. La recepción de una vida nueva que ha de integrarse en un núcleo familiar. Parece obvio que estos valores están presentes tanto en un parto como en la adopción y puesto que la ley protege igualmente al niño y la madre, no es posible distinguir entre uno y otro caso.”

En este fallo se decide a favor de otorgar la indemnización a la mujer trabajadora que ha sido despedida en virtud de haber adoptado a una niña. A pesar de lo que sostiene el juez que redacta el voto principal, el artículo 178 LCT limita la indemnización a situaciones que se producen en un determinado lapso antes y después del parto, sin mencionar expresamente la significación espiritual y la trascendencia social de los vínculos familiares. Sin embargo, en tanto se admita que las razones para promulgar este artículo también tienen relevancia para justificar una decisión jurídica, lo que expresamente ha dicho el legislador puede ser dejado de lado. A diferencia del

36. CN Trabajo, sala V, septiembre 30-1999. Casuaa, Margarita E. C. Alexander Fleming S.A.

Modelo MC, en el que las normas imponen una solución, en el Modelo MJ las normas contribuyen a una decisión que depende, en última instancia, de la ponderación de principios en juego.³⁷

Esta diferencia que cada modelo atribuye a las normas es la que explica también la relevancia de diferentes modelos de justificación. Para el Modelo MC, la operación básica es la subsunción de eventos en el alcance de reglas, para el Modelo MJ, la operación básica es la articulación y ponderación de principios. Por ello, mientras la discusión sobre el alcance de una norma suele constituir la principal preocupación para quienes se emplean el Modelo MC, para aquellos que adoptan el Modelo MJ, la explicación de la fuerza del derecho representa uno de sus principales desafíos. Parece claro que en el Modelo MJ no tiene sentido afirmar que las normas excluyen del razonamiento justificatorio las propiedades que la autoridad no ha tenido en cuenta. Los órganos de aplicación tienen que revisar la decisión de la autoridad a la luz del contexto del caso individual y de las razones que justifican las normas que ha formulado la autoridad. Las normas suministran únicamente razones ordinarias para decidir una situación individual y su fuerza dependerá de su apoyo en los principios que las justifican y su adecuación al contexto.

VI. Reglas y Principios

Una prueba crucial para decidir entre el Modelo MC y el Modelo MJ es la reconstrucción que ellos permiten de la noción de autoridad. Un análisis de la autoridad excede los límites de este trabajo, pero es importante señalar el núcleo del problema. El problema de la autoridad surge del criterio de adecuación que es necesario respetar en la reconstrucción: cualquier análisis de la autoridad tiene que dar cuenta de la *relevancia práctica* de sus normas, es decir, del hecho de que lo que la autoridad dispone cambia el estatus normativo de una conducta.

Para el Modelo MJ, las decisiones justificadas son una clase de las acciones moralmente correctas. En otras palabras: sólo aquello que es moralmente correcto puede ser obligatorio. Ahora bien, si la justificación de una decisión es equivalente a mostrar que ella es moralmente correcta, entonces pierde sentido la noción de autoridad jurídica. Ello es así porque o bien lo que la autoridad dispone coincide con lo que exige la moral o bien lo que la autoridad prescribe se aparta de lo que exige la

37. Esta discusión conecta de manera central con el problema de la derrotabilidad de las normas. Al respecto, véase, ALCHOURRÓN, Carlos. "Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of De-feasible Conditionals" en: J. J. Ch. Meyer et al. (editores), *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification*, John Wiley & Sons Ltd, Amsterdam, año 1993.

moral. En el primer caso, la autoridad es *superflua* ya que nuestras obligaciones no se ven alteradas por lo que prescribe la autoridad, y en el segundo caso, la decisión de la autoridad es *irrelevante* ya que sólo las conductas moralmente correctas pueden ser genuinamente exigidas.³⁸

El Modelo MC parece estar en mejores condiciones para explicar la relevancia de la autoridad jurídica ya que, para este modelo, la calificación normativa de una acción depende de lo que *dice* la autoridad. Reconocer que un individuo tiene autoridad es aceptar que aquello que él ha dicho es obligatorio; que determina la solución de un determinado caso, excluyendo otros puntos de vista sobre la controversia. Quien ejecuta una cierta acción sólo porque ella es conveniente para sus propósitos, no reconoce la autoridad de quien le exige esa conducta. Así, la relevancia de la autoridad depende de una afirmación *contrafáctica*: Si el destinatario de la norma hubiese actuado del modo en que lo hizo aunque el legislador no hubiese ordenado esa conducta, entonces el destinatario de la norma no atribuye autoridad a quien ha formulado la norma.

Con frecuencia, el legislador regula la conducta de los individuos mediante reglas, y los jueces reconocen su autoridad cuando usan esas reglas para justificar la decisión de las controversias. Eso significa que las únicas propiedades que cuentan para determinar la solución de un caso individual son las que ha seleccionado el legislador. Sin embargo, es fácil advertir que los legisladores no se limitan a promulgar reglas, sino que también apelan con frecuencia a principios. ¿De qué manera guían la conducta estos principios? Una característica central de estas pautas normativas es que, a diferencia de las reglas, los principios no establecen explícitamente sus circunstancias de aplicación y eso implica que su alcance es, en gran medida, indeterminado. Por ello, el precio que se paga por regular la conducta mediante principios es doble. Por una parte, se aumenta el margen de indeterminación ya que los individuos no saben taxativamente que deben hacer o evitar. Por otra parte, las decisiones del legislador no determinan una solución y ello equivale a delegar autoridad en manos de los órganos de aplicación. En otras palabras, será necesaria una nueva decisión del órgano de aplicación para que los individuos sepan que es lo que deben hacer. Por ejemplo, el legislador puede señalar que las controversias en materia de Derecho de Familias tienen que ser resueltas teniendo en cuenta el interés superior del menor. Este principio del interés superior del menor es una pauta relevante para una enorme cantidad de casos. Por ejemplo, puede ser invocado tanto para decidir acerca del orden en que se inscriben los apellidos en un caso de adopción como en situaciones en las que hay

38. La discusión acerca de la naturaleza y posibilidad de la autoridad es uno de los temas centrales de la filosofía política contemporánea. Para una introducción a la discusión contemporánea, véase: SHAPIRO, Scott. "Authority" en COLEMAN, Jules and SHAPIRO, Scott. (eds), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, año 2002.

que decidir sobre la transfusión de sangre a una madre de cinco niños que se niega a esa práctica invocando razones religiosas. El principio introduce una razón para tener en cuenta, pero no ofrece una solución definitiva a la controversia. Por ejemplo, supongamos un caso de divorcio en el que existe desacuerdo entre los padres sobre la tenencia de los hijos. En este caso, el juez no puede resolver la controversia repitiendo simplemente que hay que preservar el interés superior del menor. Los padres pueden estar de acuerdo en la relevancia de proteger a sus hijos y, sin embargo, todavía pueden preguntarse qué es lo que deben hacer. Para resolver el problema el juez tiene que dar una *nueva* directiva, e.g. ordenar que los niños permanezcan con su madre. En esta necesidad de tomar una nueva decisión radica la delegación de autoridad que acompaña a la técnica de regulación de comportamiento mediante principios.

En casos en los que se invocan principios, el juez necesita tomar una nueva decisión para resolver la controversia. Sin embargo, su solución no puede ser arbitraria, i.e. no puede ignorar el desafío moral de dar contenido al principio del interés superior del menor. Al respecto, Dworkin señala que un principio que impone el deber de tratar a las personas de manera equitativa puede considerarse como una instrucción para que los individuos se comporten con equidad,³⁹ y

“... en ese caso, delegan en aquellos a quienes instruyen la responsabilidad de desarrollar y aplicar su propia concepción de la equidad en la medida en que se planteen casos controvertibles. Esto, por cierto, no es lo mismo que concederles la discreción de actuar como quieran; aquí se establece un estándar que ellos deben tratar de cumplir (y pueden fallar), porque se supone que una concepción es superior a otra.”

¿Qué puede hacer un legislador si no desea delegar esta capacidad normativa en manos de los órganos de aplicación? La alternativa es la motivación mediante reglas (normas), que pueden ser aplicadas de manera ‘opaca’, i.e. sin considerar las razones subyacentes a las normas formuladas. Mientras los principios indican una pauta moral u objetivo social valioso sin imponer una conducta determinada, las reglas califican acciones específicas sin mencionar expresamente el fin o razón que las justifica. Las normas son instrumentales respecto de los principios que las respaldan y dado que ellas se justifican en esos principios o razones subyacentes, las normas son estrategias subóptimas de decisión. Esto significa que los casos normales pueden ser resueltos de igual manera mediante la aplicación de las normas o de los principios que las justifican, pero en casos recalitrantes las soluciones que ofrecen son divergentes. En estos casos recalitrantes, las normas pueden exigir conductas que los principios subyacentes no requirieren, y en ese caso, ellas son *sobreincluyentes*. O bien, las normas pueden dejar de lado conductas que los principios exigen, en cuyo caso,

39. DWORKIN, Ronald. “Constitutional Cases” en *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 135.

resultan *infraincluyentes*.⁴⁰ Por ejemplo, en su artículo 119 el Código Penal Argentino castigaba el delito de violación en el caso en que hubiese acceso carnal mediante el uso de fuerza o intimidación. Esta norma protegía, entre otras cosas, la libertad sexual de los individuos. Sin embargo, la redacción de esta norma dejaba sin castigar los casos de *fellatio* y puede señalarse que no existen diferencias relevantes, desde punto de vista de la libertad sexual, entre la violación y la *fellatio*. Esto significa que la norma de la violación era *infraincluyente* respecto al principio que la justifica. La reforma del Código Penal introducida por la ley 25.087 intentó corregir esta situación y dispone en su artículo 119 que la figura básica del delito contra la integridad sexual se agrava ‘cuando hubiese acceso carnal por cualquier vía’. Esta nueva redacción ha dado lugar a controversias entre los juristas y discrepancias en la jurisprudencia ya que si bien la expresión ‘acceso carnal por cualquier vía’ es apta para dar cuenta de los casos de *fellatio*, también incluye otros casos (e.g. la introducción de un artefacto en el oído) que no se encuentran protegidos por los principios subyacentes. Es decir, las discrepancias se deben a la naturaleza *sobreincluyente* de la nueva disposición.

Hemos visto que tanto las reglas como los principios ofrecen ventajas y desventajas para la regulación del comportamiento. La decisión de regular el comportamiento mediante principios o reglas le corresponde al legislador. Como se ha dicho, si el legislador intenta decidir las controversias, tiene que imponer una regla. En ocasiones, el legislador reafirma esta decisión estableciendo una jerarquía de argumentos y declara que es obligatorio observar las reglas, reservando los principios para la solución de situaciones indeterminadas o difíciles. Por ejemplo, el artículo 11 LCT señala:

“Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe.”

Este precepto tiene por función indicar que los principios ocupan un lugar subsidiario a las normas ya que autoriza a emplearlos en la solución de las controversias bajo la condición de que el caso no estuviese solucionado por las normas que el legislador ha establecido en las leyes o las cláusulas que las partes han acordado en sus contratos.

Una buena técnica legislativa ayudará a disminuir la aparición de casos recalcitrantes, pero es importante comprender que ellos son, en gran medida, inevitables. Tener reglas es precisamente atrincherar lo que dice la autoridad frente

40. Al respecto, véase: SCHAUER, Frederick. *Playing by the Rules*, Oxford University Press, Oxford, año 199, pp. 31 y ss.

a la presión divergente de los principios. Si los órganos de aplicación son libres de apartarse de lo que dice la autoridad y decidir las controversias mediante la aplicación de las razones subyacentes, entonces hay que concluir que ellos no están vinculados por lo que *ha dicho* la autoridad, sino por aquello que *debería haber dicho*. Reconocer la autoridad del legislador requiere no sólo tener en cuenta lo que dice sino también exige tomar en serio el *tipo* de instrucción que ha formulado. Como señala Bayón,⁴¹

“... hay una idea fundamental que debe ser enfáticamente subrayada: si se acepta que es el legislador, y sólo él, quien cuenta con la autoridad para realizar ese balance [entre legislar mediante reglas o mediante principios], entonces la solución que adopte debe aceptarse en sus propios términos: no porque ello no vaya a conducir a veces a decisiones indeseables... sino porque se respeta su criterio acerca de cuál, entre dos series alternativas de posibles decisiones indeseables, es globalmente menos dañina.”

En el mismo sentido, al comentar los compromisos que surgen para los jueces en un modelo clásico de Estado de Derecho, sostiene:⁴²

... en los espacios claramente determinados por las reglas debe regir el principio del sometimiento estricto del juez a la ley: no porque ello carezca de costes (en formas de aplicaciones o no aplicaciones de la regla que frustran su propósito), sino, de nuevo, para evitar los costes – que se presuponen mayores – que involucraría el mecanismo de decisión alternativo

La conclusión que se impone de este argumento es que la relevancia de la autoridad impone la subordinación de los jueces a las decisiones del legislador y son infieles a su autoridad aquellos jueces que toman a una regla como si fuese un principio o a un principio como si fuese una regla.

41. BAYÓN, Juan Carlos. “Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional” en Revista Jueces para la Democracia N° 27, año 1996, p. 46.

42. BAYÓN, Juan Carlos. “Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional” op. cit., pp. 46-47.

VII. Interpretación y normatividad del derecho

El presupuesto en que se basa este trabajo es que el derecho es normativo. De la normatividad del derecho se desprenden dos consecuencias. Por una parte, el derecho impone obligaciones que no pueden reducirse a meras razones prudenciales y, por otra parte, los jueces están obligados a aplicar el derecho. Ahora bien, ¿De qué manera vincula el derecho a los jueces? Una clara respuesta a esta pregunta es fundamental para entender bajo qué condiciones está justificada una decisión judicial. Sin embargo, no siempre es fácil encontrarla. Las dificultades surgen, con frecuencia, de un insuficiente análisis de los presupuestos y consecuencias de los compromisos teóricos que se asumen. Por ejemplo, a veces se señala que los jueces no pueden usurpar el papel del legislador, pero se concede al mismo tiempo que la interpretación del derecho es inevitable. Ello quiere decir que las palabras del legislador son manipuladas mediante estrategias de interpretación y algunas veces se admite que esta es una manera de adecuar el sentido de los textos jurídicos a diversos desafíos de nuestra compleja y cambiante realidad social. En otras palabras, aunque se admite que los jueces son 'esclavos de la ley', se permite modificar su contenido a efectos de lograr la interpretación que represente la correcta solución de las controversias.

Ahora bien, ¿Qué concepción de derecho respalda esta afirmación? Quienes asumen que una de las principales funciones de las normas jurídicas es motivar comportamientos, tienen que trazar una clara distinción entre las normas y los textos en que ellas se formulan. Las formulaciones normativas son motivacionalmente inertes, i.e., los individuos no pueden motivarse por un texto y lo que determina sus conductas es lo que estas formulaciones significan. Por ello, si se considera que el derecho es una técnica de motivación y control, hay que sostener que las normas son el significado de las formulaciones empleadas por las autoridades normativas. Como se ha señalado anteriormente, si el legislador formula sus textos en un idioma diferente al que comparten los miembros de su comunidad, los destinatarios de sus normas no sabrían de qué manera deben comportarse, aun si fuese verdad que ellos conocen cuáles son los textos relevantes.

Esta conclusión queda a menudo oculta por la ambigüedad de la palabra 'interpretación'. Por 'interpretación' se entiende habitualmente una especie de puente semántico que permite salvar la distancia entre las formulaciones normativas y las normas. La interpretación es la asignación de significado a un determinado texto y la forma canónica de este tipo de enunciados puede ser expresada de la siguiente manera.

Enunciado Interpretativo (EI): "El texto T significa S"

Al igual que otros enunciados, el valor de verdad de *El* dependerá de si conforme a las reglas semánticas de un determinado lenguaje, el texto T significa S. Al igual que los enunciados normativos, los enunciados interpretativos son sistemáticamente ambiguos ya que pueden usarse tanto para *describir* como para *estipular* el significado de un texto. Cuando los interpretes estipulan un nuevo significado para el texto T, el enunciado *El* es una definición estipulativa y, al igual que otras definiciones de ese tipo, carece de valores de verdad. Esta distinción entre descubrimiento y estipulación de significado es lo que impugnan las teorías escépticas de la interpretación. Una buena defensa de estas posiciones escépticas se encuentra en trabajos de la denominada 'Escuela Genovesa'.⁴³ Al respecto, Moreso, al comentar las tesis de uno de los líderes de esa escuela, Riccardo Guastini,⁴⁴ señala:

“Como es sabido, Guastini (y, siguiendo a Tarello, toda la escuela genovesa) sostiene una teoría escéptica de la interpretación jurídica, según la cual los enunciados interpretativos son semejantes a definiciones estipulativas y, por lo tanto, carecen de valor de verdad: la actividad interpretativa no es una actividad de carácter cognoscitivo sino que tiene naturaleza prescriptiva. Además, para alcanzar esta conclusión Guastini cree que no es preciso asumir ninguna teoría del significado, la observación de la actividad interpretativa de los juristas es suficiente para fundamentar tal posición escéptica.”

No es este el lugar apropiado para una discusión exhaustiva de las tesis escépticas.⁴⁵ Por el contrario, en esta sección sólo se intentará exponer las bases de una alternativa no escéptica de la interpretación jurídica. Estos rasgos centrales pueden resumirse del siguiente modo.

El significado de una expresión depende de su uso en contextos paradigmáticos. Así, podemos *mostrar* qué es lo que significa una palabra señalando un ejemplo paradigmático. Esta relación entre uso y significado se advierte claramente en aquellas situaciones en que el legislador introduce una definición. Por ejemplo, en el artículo 78 del Código Penal, el legislador dispone que la expresión 'violencia' comprende el uso de medios hipnóticos o narcóticos. En el lenguaje ordinario, los individuos no se refieren mediante la expresión 'violencia' a los casos de acciones realizadas

43. MORESO, José Juan. "Significado, interpretación y proposiciones normativas. Apuntes para un debate", MS inédito, p. 1. Para una presentación de las ideas principales de la 'Escuela Genovesa' véase a la bibliografía citada en CHIASSONI, Pierluigi. "L'ineluttabile scetticismo della 'scuola genovese'" en *Analisi e Diritto*, año 1998, pp. 21-76 y BARBERIS, Mauro, "Lo scetticismo immaginario. Nove obiezioni agli scettici a la genitos" en *Analisi e Diritto*, año 2000, pp. 1-36.

44. En particular, Moreso analiza la presentación que Guastini ofrece en: GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, editado por Giuffrè, Milano, Italia, año 1993, pp. 336-338.

45. Al respecto, véase: ENDICOTT, Timothy. "Linguistic Indeterminacy" en *Oxford Journal of Legal Studies* N° 16, año 1996, pp. 667-697.

con ayuda de narcóticos. Sin embargo, un juez está justificado en aplicar la pena correspondiente a delitos que requieren violencia en caso de haberse empleado sustancias hipnóticas o narcóticas. Si el significado de las formulaciones normativas no dependiese del modo en que el legislador *usa* las palabras, entonces, los jueces no estarían justificados en castigar, por ejemplo, como violación una relación sexual en la que el violador ha empleado un narcótico con el fin de someter a su víctima.

Este argumento puede generalizarse de la siguiente manera. La identificación de las normas formuladas por el legislador tiene que comenzar con la búsqueda del significado que el legislador ha atribuido a las expresiones que ha empleado. En general, este significado coincide con el que las palabras tienen en el contexto de uso ordinario en cierta comunidad. Pero, en ocasiones, el legislador puede apartarse de esas convenciones e introducir sus propias definiciones. En ese caso, atribuir a sus palabras el sentido ordinario sería alterar su mensaje, ya que, precisamente, la función de las estipulaciones del legislador es ampliar o restringir el significado que las palabras tienen en su uso común. La identificación del modo en que el legislador ha usado las palabras es una cuestión empírica y, al igual que otros problemas de esta índole, puede ser difícil establecer con precisión lo que el legislador ha dicho. Sin embargo, de allí no debe inferirse que nunca sea posible determinar en qué sentido ha usado la autoridad una determinada formulación.

La distinción entre el significado de las palabras en el uso ordinario del lenguaje y el significado atribuido por el legislador a sus palabras suele ser recogido por las expresiones 'interpretación objetiva' e 'interpretación subjetiva'. En el Modelo MC, la interpretación subjetiva tiene primacía sobre la interpretación objetiva en la identificación del derecho. En caso de que el legislador haya usado las palabras en el mismo sentido que las usan los miembros de una cierta comunidad, la distinción entre interpretación subjetiva y objetiva carece de sentido. Y en caso de que el legislador haya usado las palabras de manera diferente, es éste significado atribuido por el legislador el que debe guiar la identificación de sus normas.⁴⁶ Esta conclusión a menudo pasa inadvertidas por el hecho de que las convenciones del lenguaje ordinario son el trasfondo en el que el legislador estipula nuevos significados. Ello significa que en el ciclo entre convención lingüística y estipulación, la convención tiene primacía conceptual.

Si se sostiene que la interpretación es siempre inevitable y que los jueces no tienen límites jurídicos en su tarea interpretativa, entonces también deberá admitirse que los jueces no están vinculados por el derecho y esto es equivalente a negar su

46. ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. "Definiciones y normas" en *Análisis lógico y derecho*, op. cit., pp. 443-444.

normatividad. En otras palabras, esto sería otra manera de decir que el derecho es, en definitiva, el resultado de las decisiones interpretativas de los jueces. Esta es la conclusión que subraya Ronald Dworkin cuando sostiene que los principios jurídicos forman inevitablemente parte de nuestra explicación de la naturaleza vinculante de las normas:⁴⁷

“En la mayoría de las jurisdicciones norteamericanas, y actualmente también en Inglaterra, no es raro que los tribunales superiores no apliquen normas establecidas. En ocasiones, se anulan directamente las normas del Common Law – las establecidas por decisiones previas de los tribunales – y otras veces hay formulaciones nuevas que las alteran radicalmente. Las normas jurídicas se ven sometidas a interpretaciones y reinterpretaciones... Si los tribunales pueden modificar las normas establecidas, entonces naturalmente tales normas no serían obligatorias para ellos...”

Por consiguiente, quienes intentan afirmar que la interpretación es inevitable y que los jueces no tienen límites en su tarea interpretativa, i.e. que cualquier significado que ellos asignen a un texto es sólo el resultado de una decisión que no es posible calificar como correcta, están comprometidos a rechazar que los jueces estén vinculados por el derecho.

VIII. Conclusiones

La exigencia de justificación de las decisiones es un rasgo paradigmático de los sistemas jurídicos contemporáneos. La base de esta exigencia es la idea de que el derecho tiene autoridades que pueden imponer obligaciones. En este trabajo se han explorado dos modelos que intentan dar cuenta de la vinculación del juez al derecho. El Modelo MC asume que el derecho se agota en lo que dice la autoridad y por ello el fundamento de las obligaciones jurídicas reposa exclusivamente en lo que la autoridad ha decidido. El Modelo MJ admite que el derecho incluye otras pautas diferentes a las normas formuladas por el legislador, i.e. el fundamento de las obligaciones jurídicas no se agota en lo que ha prescripto la autoridad, sino que también incluye aquellas razones que la autoridad tenía para decir lo que dijo. En ambos modelos, las normas pueden ser consideradas como obligatorias, pero la naturaleza de esas obligaciones

47. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, año 1977, p. 37.

es diferente. Así, en el Modelo-MC, el reconocimiento de la naturaleza vinculante de las normas lleva a considerarlas como *razones excluyentes* y los jueces tienen que decidir las controversias de la manera prevista por esas normas. En el Modelo MJ, las normas son *razones contribuyentes* y los jueces tienen la obligación de tenerlas en cuenta, aunque ellas no impongan una solución. Es decir, a diferencia de lo que ocurre con pautas que carecen de normatividad, e.g. las ordenes de un asaltante, las normas jurídicas no pueden ser ignoradas y los jueces tienen que dar razones para apartarse de lo que ellas disponen.

Ambos modelos asumen diferentes compromisos acerca de la justificación de las decisiones judiciales. Si la justificación de una decisión exige mostrar que la solución es correcta y que no es jurídicamente admisible otra decisión, entonces, la justificación jurídica tiene que estar basada en reglas. Los principios son razones que tienen que ser ponderadas y por ello siempre es posible encontrar una solución alternativa. Por supuesto, puede ocurrir que para un cierto caso, la única decisión correcta sea la que se obtenga de un argumento de principio. Sin embargo, si esa solución no se universaliza mediante una regla que la justifique, la decisión sólo sería correcta para ese caso individual específico,⁴⁸ y casos similares podrían decidirse justificadamente de manera diferente. Ello conduce a un enfoque *particularista* de la justificación, en la que se sostiene que las razones sólo son relevantes en un contexto determinado.⁴⁹ El problema del particularismo es que no parece capaz de explicar porqué una razón puede ser una buena razón en un contexto específico sin recurrir a pautas generales. En otras palabras, a efectos de asegurar que una solución esté justificada hay que asumir la exigencia de resolver casos similares de igual manera y, para ello, es preciso que se formule una regla que permita descartar las diferencias irrelevantes en la aplicación del derecho. Por tanto, si no es posible determinar por qué una razón es una buena razón sólo en un determinado contexto, entonces hay que concluir que el enfoque particularista no ofrece una idea alternativa de justificación sino lisa y llanamente una alternativa a la justificación.

48. SINGER, Marcus. *Generalization in Ethics*, editado por Alfred Knopf, New York, año 1961, pp. 46 y ss.
 49. El particularismo es una doctrina desarrollada principalmente en el ámbito de la filosofía moral. Para una discusión contemporánea de sus principales tesis, véase: HOOKER, BRAD y LITTLE, MARGARET. (editores), *Moral Particularism*, Oxford University Press, Oxford, año 2000. Su repercusión en la teoría del derecho ha estado ligada al problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas, la ponderación de derechos y la argumentación jurídica. Al respecto, véase los trabajos de SANCHÍS, Luis Prieto. MORESO, José Juan y CELANO, Bruno en *Ragion Pratica* N° 18, año 2002, BAYÓN, Juan Carlos. "¿Why is Legal Reasoning Defeasible?" en SOETEMAN, A. (ed), *Pluralism and Law*, editado por Kluwer, Ámsterdam, año 2000, pp. 327-346. y REDONDO, María Cristina, "Legal Reasons: Between Universalism and Particularism" en *Journal of Moral Philosophy*, año 2004, revista actualmente en prensa.

La relación entre reglas y justificación es con frecuencia ocultada por el fenómeno de la interpretación jurídica. Cuando las reglas imponen una solución incompatible con nuestras convicciones morales, es tentador modificar el contenido de las normas mediante estrategias interpretativas. Sin embargo, si esta operación de cambio normativo no está sujeta a restricciones que no dependan de la voluntad de los jueces, entonces habría que negar que los jueces estén obligados por las normas jurídicas y esto conduce, en definitiva, no sólo a descartar que los jueces tengan que justificar sus decisiones en derecho, sino también a abandonar la idea misma de la normatividad del derecho. ·

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULGYIN, Eugenio, *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Universidad de Carabobo, Valencia, Venezuela, 1979.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULGYIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1974.
- BAYÓN, Juan Carlos, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, editado por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- BULGYIN, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, editado por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- DWORKIN, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1977.
- GUASTINI, Riccardo, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1993.
- HART, H.L.A., *El concepto de derecho*, editado por Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.
- HOOVER, Brad y LITTLE, Margaret, (editores), *Moral Particularism*, Oxford: Oxford University Press, 2000.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2da edición, editorial Porrúa, México, 1979.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, University Press, Oxford 1978.
- MEYER J. J. Ch. et al. (editores), *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification*, John Wiley & Sons Ltd, Amsterdam, 1993.
- PAULSON, Stanley, (eds), *Cognition and Interpretation of Law*, Giappichelli, Turín, 1995.
- RAZ, Joseph, *Practical Reason and Norms*, 2ª edición, Princeton University Press, Princeton, 1990.
- REDONDO, María Cristina, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, editado por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
- SCHAUER, Frederick, *Playing by the Rules*, Oxford University Press, Oxford, 1991.
- SINGER, Marcus, *Generalization in Ethics*, editado por Alfred Knopf, New York, 1961.

ARTÍCULOS

- ALCHOURRÓN, Carlos, "Sobre derecho y lógica" en Revista Isonomía N° 13, año 2000.
- BACIGALUPO, Enrique, "Sobre la vinculación del juez a la ley penal" en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo N°s 1 y 2, año 1997.
- BARBERIS, Mauro, "Lo scetticismo imaginario. Nove obiezioni agli scettici a la génoise" en Revista Analisi e Diritto, año 2000.
- BAYÓN, Juan Carlos, "Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado Constitucional" en Revista Jueces para la Democracia N° 27, año 1996.
- BAYÓN, Juan Carlos, "¿Why is Legal Reasoning Defeasible?" en Soeteman, A. (ed), *Pluralism and Law*, Kluwer, Amsterdam, año 2000.
- BULYGIN, Eugenio, "Sentencia judicial y creación de derecho" en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y Derecho*, editado por el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, año 1991.
- BULYGIN, Eugenio, "Los jueces, ¿Crean derecho?" en Revista Isonomía N° 18, 2003.
- HART, H.L.A, "Legal Duty and Obligations" en *Essays on Bentham*, Oxford University Press, Oxford, año 1982.
- CHIASSONI, Pierluigi, "L'ineluttabile scetticismo della 'scuola genovese' " en Revista Analisi e Diritto, año 1998.
- COLEMAN, Jules, "Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis" en Coleman, Jules (ed), *Hart's Postscript*, Oxford University Press, Oxford, año 2001.
- DWORKIN, Ronald, "The Model of Rules I" en *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, año 1977.
- ENDICOTT, Timothy, "Linguistic Indeterminacy" en *Oxford Journal of Legal Studies* 16, año 1996.
- FERRAJOLI, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de Derecho" en CARBONELL, M. (ed), *Neoconstitucionalismo(s)*, editorial Trotta, Madrid, año 2003.
- POSTEMA, Gerald, "The Normativity of Law" en Gavison, Ruth (ed), *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, pp. 81-104, Oxford University Press, Oxford, año 1987.
- RAZ, Joseph, "Authority, Law, and Morality" en *Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, Oxford, año 1984.
- RAZ, Joseph, "The Institutional Nature of Law" en *The Authority of Law*, Oxford University Press, Oxford, año 1979.

- RAZ, Joseph, "Intention in Interpretation", en Robert George (ed), *The Autonomy of Law*, Oxford University Press, Oxford, año 1996.
- REDONDO, María Cristina, "Legal Reasons: Between Universalism and Particularism" en *Journal of Moral Philosophy*, año 2004 (en Prensa).
- SHAPIRO, Scott, "The Difference that Rules Make" en Bix, Brian (ed), *Analyzing Law*, Oxford University Press, Oxford, año 1998.
- SHAPIRO, Scott, "Authority" en Coleman, Jules and Shapiro, Scott (eds), *The Oxford Handbook of Jurisprudence & Philosophy of Law*, Oxford University Press, Oxford, año 2002.

LA GÉNESIS DE LA TEORÍA DE LA JUSTICIA DE JOHN RAWLS

David Quintero Fuentes*

I. De la vida y obra de John Rawls

John Rawls es uno de los pensadores más influyentes de las últimas décadas en el ámbito de la filosofía moral y política. Nació en 1921, en Baltimore, Maryland, Estados Unidos y falleció el domingo 24 de noviembre de 2002, en Lexington (Massachussets), debido a una insuficiencia cardíaca que padeció durante varios años y que lo obligó a retirarse de la vida académica, no así de la investigación. Estaba casado con Margaret Warfield Fox, con quien tuvo cuatro hijos.¹

Durante la Segunda Guerra Mundial, se enlistó en la infantería de Estados Unidos, sirviendo en Nueva Guinea, Filipinas y Japón entre los años 1943 y 1945.

* Universidad Católica de Temuco. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster en Filosofía Moral (U. de Concepción).

1. LAWRENCE H. Summers, presidente de la Universidad de Harvard en la que Rawls trabajó durante muchos años, ha declarado: "Estoy muy afligido por la muerte de John Rawls. Él combinaba una profunda sabiduría con una profunda humanidad. Pocos pensadores contemporáneos han ejercido una influencia tan decisiva en la manera en que entendemos hoy la justicia. Estoy seguro de que los intelectuales de diversos ámbitos seguirán aprendiendo cosas de él en las generaciones venideras." (Citado por diversos medios de comunicación de todo el mundo, con motivo del fallecimiento de Rawls).

Obtuvo su Doctorado en Filosofía y Letras en la Universidad de Princeton, con la tesis "Un Estudio en los campos del conocimiento ético: considerada con referencia a los juicios sobre el carácter del valor moral", publicada en 1950.

En lo que respecta a su labor docente, se desempeñó como Instructor en la Universidad de Princeton entre los años 1950 y 1952; posteriormente fue Profesor Asistente y Asociado de Filosofía en la Universidad de Cornell hasta 1959. Entre 1960 y 1962, fue Profesor de Filosofía en el M.I.T., para luego ingresar al Departamento de Filosofía de la Universidad de Harvard, donde es nombrado *Conant University Professor* en 1979 y donde desarrolló gran parte de su carrera académica impartiendo la cátedra de filosofía moral.

Entre las numerosas distinciones que recibió, cabe mencionar la de *Doctor of Laws*, por la Universidad de Harvard (1997) y la "*National Humanities Medal de National Endowment for the Humanities*" (1999).

Durante su extensa trayectoria, fue miembro de numerosas e importantes sociedades científicas: Asociación Filosófica Americana, Academia Americana de Artes y Ciencias, Asociación Americana de Filosofía Legal y Política, Sociedad Filosófica Americana, Academia Británica, Academia Noruega de Ciencias; varias de las cuales además presidió.

Su primer artículo, "*Outline of a Decision Procedure for Ethics*", fue publicado en *The Philosophical Review* el año 1951.

Sin duda, su obra más importante es *A Theory of Justice* publicada en 1971 por *Harvard University Press* y reeditada por *Oxford University Press* en 1972 y 1976. En 1979, aparece la edición castellana publicada por el Fondo de Cultura Económica, con la traducción de María Dolores González Soler. Además, ha sido traducida al alemán, francés, italiano, portugués, holandés, ruso, entre otros veintiún idiomas.

Resulta ilustrativo destacar que el título de su obra es *A Theory of Justice* – Una teoría de la justicia– y no *The Theory of Justice* –La teoría de la justicia– lo que demuestra, una vez más, la actitud rawlsiana pluralista, abierta al diálogo y receptiva a las críticas.² Recordemos que durante más de veinte años no publicó otro libro, pero sí muchos artículos en los que responde a las críticas recibidas tras revisar y modificar sus planteamientos como fruto de las discusiones suscitadas y de las observaciones formuladas durante sus numerosas clases y conferencias.³

2. El título original en inglés lo deja muy en claro, no así la traducción al español.

3. Rawls llama a su concepción "*Justice as Fairness*", que ha sido traducido indistintamente "Justicia como equidad" y "Justicia como imparcialidad". El término "*fairness*" es de significado impreciso, aunque creo que en este caso es más acertada la segunda alternativa, pues la noción de equidad tiene sus connotaciones propias en la historia del pensamiento. No obstante, el uso se ha impuesto.

Ya desde sus primeros artículos, Rawls manifiesta su desinterés por los problemas de metaética y de fundamentación de la ética. En el esbozo de 1951 encontramos la idea básica de búsqueda de un equilibrio valorativo, que incide en el carácter reflexivo e intersubjetivo de la moralidad.

Rawls afirma “ Por mi parte, lo que he tratado de hacer es generalizar y llevar la teoría tradicional del contrato social, representada por Locke, Rousseau y Kant, a un nivel más elevado de abstracción. Mi teoría ofrece una explicación sistemática de la justicia que es superior, al menos así lo sostengo, al utilitarismo tradicional dominante”.⁴

II. La influencia de la teoría de la justicia

La propuesta teórica rawlsiana tiene repercusiones amplias e inmediatas, no sólo, como era de esperar, en el ámbito de la filosofía moral y política; sino que además, debido a la multiplicidad de temas que abarca, es objeto de estudio y análisis por parte de sociólogos, economistas, politólogos y psicólogos.

Por supuesto, también despierta el interés de los juristas, especialmente de los norteamericanos, pues como se ha puesto de relieve por algunos autores, la obra de Rawls está fuertemente influenciada por los principios que inspiran la Constitución de los Estados Unidos.⁵

La obra capital de Rawls, en un hecho poco habitual en la filosofía contemporánea, traspasa las fronteras académicas, lo que se vio reflejado particularmente en las numerosas notas publicadas en medios de comunicación masivos en todo el mundo con motivo de su muerte. Lo anterior da cuenta, además, de que la influencia de este autor va más allá del pensamiento anglosajón. En efecto, es considerable el número de monografías, artículos de revistas especializadas y tesis doctorales dedicadas a él en lengua alemana, francesa, italiana y española.⁶

Como destaca Robert Paul Wolff, la Teoría de la Justicia de John Rawls “es un libro importante, pero es un libro desconcertante también”.⁷ Lo anterior debido a su carácter complejo, vastedad de temas abordados, rigor y riqueza conceptual. Por lo

4. RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 10.

5. En 1973, la Asociación Americana de Escuelas de Derecho otorgó a Rawls el “Coif Award” por el mejor libro jurídico de los tres últimos años.

6. A juicio de WOLFF, Robert Paul: “con resultados, a veces similares a los de unos ciegos que intentasen alcanzar un elefante”.

7. WOLFF, Robert Paul, *Para Comprender a Rawls. Una Reconstrucción y una Crítica de la Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981, p. 13.

mismo, ha originado encarnizadas polémicas durante varias décadas lo que, sin duda, contribuye aun más a su poderosa influencia.

En palabras de Juan Manuel Pérez Bermejo:

"Aunque exhibe un alto grado de sofisticación, el libro no sólo conjura el escepticismo de las últimas décadas al proponernos un catálogo de principios que considera bien fundados, sino que, además, apela a las convicciones básicas de la ciudadanía y al debate público como expediente de corroboración de sus propias conclusiones, lo cual supone la negación doctrinal de todo academicismo y el propósito asumidamente práctico de sus reflexiones".⁸

Sin embargo, también es imprescindible hacer presente que la obra rawlsiana debe mucho a la tradición, especialmente a la contractualista, por lo que su mérito no estriba en la novedad sino en su capacidad para rescatar planteamientos que resultarían relevantes para la solución de problemas actuales. Quizá uno de los factores que más contribuyó a su entusiasta y amplia recepción esté relacionado con las concepciones políticas dominantes en aquella época en Occidente, que presentaban a la socialdemocracia como una alternativa frente a las ideas capitalistas y comunistas que polarizaban al mundo.⁹

No obstante lo anterior, el gran aporte de la obra de Rawls radica en su contribución al renacimiento de la filosofía moral, en su vertiente de ética normativa, luego de un largo período en que el utilitarismo constituyó la teoría moral dominante en el ámbito angloamericano, y en que la metaética recibía una atención casi exclusiva. Es por ello que se suele afirmar que la Teoría de la Justicia representa *"el máximo exponente de lo que se ha dado en llamar rehabilitación de la filosofía práctica, es decir, la devolución a la misma de un voto de confianza en su capacidad para afrontar problemas prácticos y obtener soluciones convincentes, racionales y persuasivas"*.¹⁰

8. PÉREZ BERMEJO, Juan Manuel. *Contrato Social y Obediencia al Derecho en el Pensamiento de RAWLS, John*. Editorial Comares, Granada, 1997.

9. Ver GONZÁLEZ ALTABLE, María Pilar, *John RAWLS, Una Concepción Política y Liberal de la Justicia*. Prólogo de José Montoya Sáenz. Editorial Novo Século, Portugal, 1993.

10. Ver PÉREZ BERMEJO, op. cit., pp. 1-2.

III. El contexto donde surge la teoría de la justicia

La década de los sesenta, tanto en los Estados Unidos como en gran parte del mundo, corresponde a una de las etapas más conflictivas y radicalizadas en lo social y en lo político. Entre algunos de los sucesos que lo reflejan claramente destacan la guerra de Vietnam, la liberación negra, la cuestión de los derechos civiles, la contracultura y la contestación estudiantil, la desaceleración del crecimiento económico, el gobierno de Kennedy, la crisis de los misiles, el escepticismo ante el futuro de la nación, etc. "Se desafía la legitimidad del sistema, su capacidad para engendrar y mantener la creencia de que las instituciones políticas existentes son las más apropiadas. Las instituciones liberales y democráticas pierden prestigio y se ponen en tela de juicio. En este ambiente, problemas como la justicia distributiva, el poder político, la objeción de conciencia, etc., adquieren dimensiones muy vivas y hay especial necesidad de una teoría de la justicia".¹¹

En definitiva, todo ello representa un profundo y serio desafío al liberalismo que, además, debe situarse en el contexto de un mundo cuya supervivencia se encuentra en peligro y suscita el interés de los filósofos, que abandonan abstractos malabarismos intelectuales y atienden a la contingencia.¹²

Rawls reflexiona ante una sociedad profundamente desgarrada tanto política como ideológicamente, cuyas bases de convivencia y fundamentos de legitimidad política dividen y enfrentan a sus miembros en lugar de cohesionarlos. Asume que está frente a un desacuerdo profundo acerca de la organización de las instituciones sociales básicas y destina su esfuerzo a repararlo, a través de la formulación de principios aceptables por todos.¹³ Considera que, además de los conflictos internacionales, existen otros de orden interno que no permiten acudir a las soluciones tradicionales. "Los tres "principios axiales" del pensamiento burgués- la eficacia económica, la igualdad política y la autorrealización del individuo- en vez de ser complementarios, se oponen cada vez más entre sí".¹⁴ Es por ello que dejan de ser válidos los presupuestos liberales clásicos que sirvieron de cimiento para construir el sistema político-económico de las

11. MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús, *La Teoría de la Justicia de John Rawls*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985, p. 5.

12. Como ha sostenido MARTÍNEZ GARCÍA, la obra de Rawls cobra todo su sentido tanto desde la filosofía analítica como desde la realidad americana.

13. Como afirma PÉREZ BERMEJO, op. cit., p. 80: "Él mismo entiende su empresa como una tarea de inmersión en los más profundos niveles de nuestro sentido moral compartido para restañar las grietas y dislocaciones que afectan al consenso acerca de nuestra estructura institucional básica; en esa aventura por los cimientos sumergidos de nuestro sentido de la justicia, Rawls reconstruye una lista de principios que se destinan a restaurar el consenso social básico y articular una constitución política legítima que pueda acoger creencias aparentemente enfrentadas".

14. VALLESPÍN OÑA, Fernando, *Nuevas Teorías del Contrato Social: J. Rawls, R. Nozick y J. Buchanan*. Alianza, Madrid, 1985, pp. 17-18.

sociedades occidentales. El sistema político no permite que los costos sean soportados por un grupo social específico, por lo que la carga se diluye en medidas de política económica que carecen de un horizonte claro.

*“El único acuerdo capaz de engendrar el Estado democrático parece reducirse al acatamiento de las “reglas” formales de la democracia parlamentaria, pero no a las metas y prioridades básicas hacia las que debe dirigirse la machinery of democracy. Nuestros sistemas políticos se consumen así en un consensus without purpose, se vacían de contenido, contribuyendo a una creciente enajenación y anomia política por parte de los ciudadanos”.*¹⁵

Por ende, se requiere con urgencia, tanto a nivel interno como internacional, una ética de la responsabilidad colectiva que contribuya a resolver los problemas de aplicación de una moralidad política y social en el ámbito de las sociedades occidentales industrializadas. Se trata de un problema de legitimación que implica adaptar el progreso que conllevan las nuevas tecnologías al planteamiento de unos fines nuevos, después del cuestionamiento de las valoraciones tradicionales, procurando reafirmar el consenso en la búsqueda de alternativas de solución.

IV. El proyecto filosófico de Rawls; el retorno a la ética normativa

Tradicionalmente, se distinguen tres ámbitos o niveles en el discurso ético: la ética analítica o metaética, la ética normativa y la ética sociológica o descriptiva. La metaética o ética analítica se ocupa de analizar la posibilidad de justificación racional de los juicios de valor, es decir, intenta determinar si es factible demostrar la verdad o validez de un juicio de bondad moral o de justicia. En este plano teórico, se estudia el significado que conllevan los términos éticos como justo, bueno, correcto y sus opuestos, así como el significado de los juicios de valor, pues *“la posibilidad de justificar racionalmente los juicios valorativos depende de qué clase de juicio son ellos y qué significado tienen las expresiones que se usan típicamente para formularlos”*.¹⁶

La ética normativa, en cambio, procura establecer y formular principios básicos de justicia y moralidad, así como justificar juicios morales, determinando qué

15. VALLESPÍN, Fernando, op. cit., p. 20.

16. NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1983, pp. 353-354.

acciones, regulaciones e instituciones son buenas o justas. Además, se ocupa de las consecuencias de dichos principios en materias particulares, como por ejemplo, la justificación de la pena y el alcance de los derechos individuales básicos.¹⁷

Por último, la ética sociológica o descriptiva analiza qué acciones o instituciones son consideradas buenas o justas en una sociedad determinada.

Luego de una prolongada etapa de predominio casi absoluto de la ética analítica, sobre todo en la filosofía moral norteamericana, la obra rawlsiana representa un desplazamiento del centro de interés desde el carácter formal y abstracto de la metaética a la concreción y materialidad de los contenidos de los juicios morales. Rawls dedica escasas páginas en la formulación de su teoría a los problemas de significación de los juicios morales, cuestión que además aparece como secundaria en su modelo. Por lo demás, puede resultar mucho más provechoso y esclarecedor principiar por los asuntos de ética normativa.¹⁸

Rawls manifiesta su incomodidad ante el mero tratamiento lógico-lingüístico de los problemas éticos que prevalece en el ámbito filosófico de su tiempo. Para él, la ética analítica no es suficiente para afrontar los actuales desafíos, por cuanto nos encontramos en un momento post-analítico, en el que se debe dar respuesta de manera directa a los problemas prácticos, formulando normas y pautas de orientación.¹⁹

El profesor de Harvard explicita esta idea en uno de sus ensayos:
"...Mi idea es ésta: buena parte de la teoría moral es independiente de otras partes de la filosofía. La teoría del significado y la epistemología, la metafísica y la filosofía de la mente pueden a menudo contribuir muy poco. De hecho, preocuparse por los problemas definidos por estas materias puede suponer un estorbo y bloquear el camino".^{20,21}

17. *Ibíd.*

18. Al respecto, GONZÁLEZ ALTABLE expresa: *"La obra de Rawls se presenta como una reflexión sobre los presupuestos normativos de la ética, mostrando que el análisis ético no debe quedarse exclusivamente en el nivel metaético, sino que éste es un instrumento más al servicio del análisis teórico normativo. Su obra presenta una propuesta alternativa a la filosofía analítica, a la filosofía del lenguaje moral anglosajona, que en esta última centuria había defendido como la única tarea viable de la ética la reflexión metaética"*. op. cit., p. 15.

19. El mismo RAWLS deja constancia de su propósito: *"... las nociones de significado y análisis no desempeñan un papel esencial en la teoría moral, tal como la concibo. Aquí no es necesario discutir acerca de su relevancia, en un modo u otro, para otras cuestiones filosóficas; sin embargo, he tratado de hacer a la teoría de la justicia independiente de ellas"*. Ver al respecto, *Teoría de la Justicia*, p. 13.

20. RAWLS, John, "The Independence of Moral Theory". *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, XLVIII, 1974-1975, pp. 5 y 6.

21. RAWLS explica este punto: *"...si podemos hallar una explicación precisa de nuestras concepciones morales, entonces los problemas de significado y de justificación pueden resultar más fáciles de resolver. De hecho algunos de ellos dejarán de ser problemas reales"*. Ver al respecto, *Teoría de la Justicia*, p. 71.

También sobre este punto señala un comentarista de Rawls:

*“Las cuestiones de significado, la lógica de las palabras, la coherencia del discurso, que han ocupado a tantos estudiosos celosos de su categoría de científicos que evitan asépticamente posiciones comprometedoras y valoraciones, y que incluso se han propuesto como el único objeto de la filosofía moral, dejan al margen lo fundamental, quizá porque se sienten incapaces de afrontarlo... Hay que experimentar seriamente las posibilidades de la razón en las cuestiones sustantivas antes de refugiarse en los dominios formales de la metaética”.*²²

En contraposición a los analíticos, Rawls recupera para la justicia en el pensamiento filosófico el lugar central que le es propio. Se trata de un proyecto bastante ambicioso frente al análisis lógico-lingüístico predominante en la época, pues plantea el problema de la justicia como el verdadero problema, superando así el tratamiento fragmentado y casuístico, e intentando abordarlo de manera sistemática.

*“La obra que estudiamos es en realidad el retorno a un viejo problema: el problema del derecho natural, de los ideales sociales, de una ética material de la legitimación, que ahora se nos presenta rejuvenecido bajo el nombre mucho más iluminador y acertado, de teoría de la justicia. Las diversas teorías han ido cayendo, han perdido su credibilidad, pero los grandes problemas a que intentan responder siguen siendo los mismos. Rawls es consciente de formar parte de esta tradición cuando nos dice que su teoría “tiene los sellos distintivos de una teoría del derecho natural”.*²³

La pregunta rawlsiana por la justicia tiene un alcance vasto y complejo que no se plantea nítidamente, pero que aparece de manera implícita y constante en su teoría, que no será otra cosa sino el intento de dar una respuesta, reformulando el problema ¿Cómo debe ser la sociedad para que sea justa? De este modo, presenta la justicia social como el más relevante de los ideales sociales.

Este amplio problema, como ya se ha dicho, abarca una serie de diferentes aspectos relacionados con la economía, las regulaciones legales, la guerra, la desobediencia civil, la objeción de conciencia, las instituciones políticas, entre otros, todos ellos integrados en un sistema y analizados bajo un prisma con pretensión totalizadora, superador del casuismo.

22. MARTÍNEZ GARCÍA, op. cit., pp. 12-13.

23. MARTÍNEZ GARCÍA, op. cit., p. 14.

Ello queda de manifiesto claramente en la teoría de Rawls, pues no se ocupa de la justicia en una sociedad determinada, sino en la sociedad en general. Con su visión sistemática y abstracta, procura preverlo y regularlo todo, respondiendo a todas las posibles situaciones pero sin atender a las especificidades de un momento en particular.

A pesar de ello distingue dos concepciones de justicia que regirán dependiendo del nivel de desarrollo económico de una sociedad; es pues flexible, lo que se demuestra por ejemplo en el levantamiento progresivo del velo de la ignorancia, lo cual permite precisar las peculiaridades individuales importantes para el desarrollo de los principios.²⁴

Rawls aspira contribuir a la superación de la aguda confrontación política de su tiempo, proponiendo unos principios de justicia, concibiendo su teoría como un medio para solucionar un problema práctico.

Es por eso que muchos autores catalogan la teoría de Rawls como estrictamente política, puesto que no se asocia con doctrina moral alguna que busque responder todos los problemas morales que puedan plantearse ni tampoco se vincula a algún sistema filosófico particular, limitándose a intentar solucionar la cuestión de la justicia política básica.²⁵

V. La teoría de la justicia como propuesta alternativa ante el intuicionismo y el utilitarismo

Recordemos que Rawls se enfrenta a un problema insoluble en la filosofía moral norteamericana, de la década de los cincuenta. Prescindiendo del emotivismo, las corrientes éticas predominantes estaban representadas por el utilitarismo y el intuicionismo. Cada una de estas posiciones tiene sus ventajas e inconvenientes. La propuesta rawlsiana consiste en elaborar una postura intermedia, mediante una revisión de la teoría del contrato social.

24. *"Será flexible, permeable a la circunstancia, pero lo prevé todo, dirige la historia. Ella misma no es histórica sino ahistórica en su raíz y permanece inmutable. Quiere ser una guía para cualquier situación"*. MARTÍNEZ GARCÍA, op. cit., p. 17.

25. Así, PÉREZ BERMEJO, op. cit., p. 82.

Para Rawls, las ventajas fundamentales de la doctrina utilitarista están en su consideración de la felicidad humana como valor preponderante y en su constructivismo, esto es, en la proposición de un procedimiento o regla a través de la cual se da solución a los dilemas éticos; destaca también su capacidad para resolver cuestiones político-sociales. Sin embargo, no todas son ventajas, pues rechaza las consecuencias contra-intuitivas y en ciertos casos abominables que podríán derivarse del principio de utilidad, además de criticar su ineptitud para dar cuenta del grado de racionalidad que se requiere para que los sujetos interesados en maximizar su placer personal, reemplacen este fin por el de la consecución de la felicidad general.

A pesar de lo anterior, desde el punto de vista metodológico, el utilitarismo es superior al intuicionismo. Este último postula que toda persona tiene una facultad de "intuición moral" que es calificada por sus partidarios como racional, pero sin demostrarlo ni indicar estructura alguna de razonamiento práctico por medio de la cual sea posible captar en forma directa el carácter obligatorio de un acto particular. Según el intuicionismo, existen principios irreductibles y últimos de justicia y moralidad, los cuales, en caso de conflicto, deben ser contrapesados de acuerdo a nuestras intuiciones específicas, para determinar cuál de ellos prima. Es decir, se carece de reglas de jerarquía entre los diversos principios morales. No obstante lo anterior, hay un par de aspectos del intuicionismo que son dignos de atención para Rawls: la consideración de la rectitud como un concepto moral irreductible, al brindar una definición de lo justo como independiente de lo bueno y, por otra parte, la afirmación de la dignidad e inviolabilidad de la persona moral que toma de Kant y que impide las consecuencias utilitaristas que consideran a los seres humanos "*sólo como recipientes de placer, que han de llenarse o de vaciarse como otras tantas vasijas de agua*".²⁶

En este sentido, John Rawls vuelve la mirada a una vieja tradición, no del ámbito de la filosofía moral o social, sino propiamente de la teoría política: la tradición contractualista.

Nuestro autor aspira a superar las propuestas utilitaristas e intuicionistas recurriendo a una versión roussoniana del contrato social; de este modo pretende formular un planteamiento que considere a la vez la dignidad de la personalidad moral y la felicidad humana, y que además tenga un carácter racional y constructivo y susceptible de argumentación. Así, busca la unión de la filosofía moral y social, en una visión más cercana a Platón que a Locke, Mill o Bentham.

En este conflicto, Rawls se encuentra escindido entre su punto de vista metodológico, que es más afín a los utilitaristas, y su punto de vista moral, más cercano al intuicionismo.

26. WOLFF, op. cit., p. 20.

Del utilitarismo y del perfeccionismo, Rawls rescata su pretensión de conseguir un procedimiento racional para dirimir conflictos éticos, y del intuicionismo valora su pluralismo y sensibilidad, aunque rechaza sus rasgos no concluyentes.

Wolff imagina a Rawls pensando: “Empezaré con una concepción de la acción racional tan escrupulosa y moralmente neutral como pueda alcanzarse aceptablemente, concepción que sería admisible para los utilitaristas. Y también para los intuicionistas. Supondré que los hombres buscan la felicidad, pero no concluiré que la felicidad es El Bien, ni caeré, desde luego, en la suposición de que la felicidad de todos es El Bien para todos”.²⁷

La propuesta rawlsiana es novedosa, no se limita a un mero *aggiornamento* de los planteamientos ya existentes, no se trata de un simple eclecticismo. Los defectos de la teoría utilitarista son profundos y, por lo mismo, se requiere una nueva doctrina que se le oponga.

“La crítica de las teorías teleológicas no puede avanzar fructíferamente de un modo fragmentario. Debemos intentar la construcción de otro tipo de interpretación que tenga las mismas virtudes de claridad y sistema, pero que facilite una visión más diferenciadora de nuestras sensibilidades morales”.²⁸

1. Los presupuestos fundamentales del intuicionismo

Como doctrina ética, el intuicionismo surge en Inglaterra con pensadores como Moore, Ross o Prichard. El punto central de discusión que sostienen estos autores radica en su adhesión o crítica al “naturalismo ético”, el cual postula que nuestros sentidos pueden captar propiedades naturales evidenciadas por los términos éticos.

Desde una perspectiva amplia, las cuestiones suscitadas en la filosofía moral británica en sus inicios se reducen a la búsqueda de definición de los términos éticos a través de la intuición, que nos permite conocer su esencia. De esta manera, la intuición se erige como base del conocimiento moral, como vía para acceder al concepto.

“... el intuicionismo es una simple expresión de convicción, una confesión del fracaso de la razón práctica. Incluso al más honesto y bienintencionado agente moral que se pregunta lo que ha de hacer o que percibe un conflicto entre dos obligaciones reconocidas, el intuicionista sólo puede decirle: “consulta a tus intuiciones”. Si mis intuiciones difieren de las del

27. WOLFF, op. cit., pp. 20-21.

28. MARTÍNEZ GARCÍA, op. cit., p. 71.

*intuicionista, él no puede presentar, literalmente, ninguna argumentación para convencerme, por muy dispuesto que yo esté a escucharle”.*²⁹

Para los partidarios de esta concepción, nuestros juicios acerca de lo justo o injusto de las instituciones sociales nos conducen a una multiplicidad de primeros principios, los cuales evidentemente pueden entrar en conflicto. Ante ello, sólo podríamos afirmar que nos parece correcto balancearlos de una cierta manera.

*“El intuicionismo no incluye un método explícito ni reglas de prioridad para valorar tales principios. El rasgo distintivo del intuicionismo no es el ser teleológico o deontológico, sino el lugar prominente que le da al recurso que hacemos de nuestras capacidades intuitivas. Sin guiarnos por criterios éticos constructivos y reconocibles, el intuicionismo niega que exista una solución útil y explícita sobre el problema de la prioridad”.*³⁰

Con relación a la pregunta específica por la justicia, esta corriente plantea la imposibilidad de formular una respuesta de índole constructiva a la cuestión de asignación de valores a los principios competitivos de la justicia.

*“El intuicionista cree que la complejidad de los hechos morales desafía nuestros esfuerzos por dar una explicación plena de nuestros juicios y que requiere una pluralidad de principios en conflicto. Alega que los intentos por ir más allá de estos principios, o bien, se reducen a la trivialidad, como cuando se dice que la justicia social es dar a cada uno lo que es debido, o bien conducen a la falsedad y a la supersimplificación, como cuando se resuelve todo mediante el principio de utilidad”.*³¹

El intuicionismo está presente en toda clase de valoraciones, no sólo éticas, sino también estéticas. Representa la aceptación de que la realidad sobrepasa cualquier intento de explicación teórica. Tan sólo se proponen unos principios con alcance general que debemos aplicar en las diversas valoraciones, pero sin contar con unos criterios más definidos por lo que es posible que conduzcan a resultados contradictorios. De ahí surge la necesidad de ponderarlos, haciendo prevalecer a alguno, pero la teoría no nos señala cómo hacerlo y tendremos que realizarlo “intuitivamente”.

Las anteriores son las peculiaridades que conforman el núcleo central de las teorías intuicionistas que, dicho sea de paso, presentan una gran variedad de planteamientos que no es del caso tratar aquí.

29. WOLFF, op. cit., p. 20.

30. GONZÁLEZ SOLER, María Dolores, *Fundamentos, Análisis y Crítica de la Teoría de la Justicia de John Rawls*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, p. 222.

31. RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, p. 59.

*“En ética, cuando hay detrás un conflicto, el intuicionismo es peligroso, pues puede suponer la entrada a los intereses y todo tipo de presiones ya que no hay un punto de referencia a la justicia”.*³²

Es posible distinguir distintas variantes del intuicionismo: muchos de ellos recurren al casuismo; algunos otros, en cambio, plantean fines sociales con carácter general, tales como la igualdad, la eficacia, el crecimiento económico, pero sin proporcionar pautas de armonización, aunque proponen diversos aspectos como decisivos para resolver el problema.³³

A Rawls no le convence la postura intuicionista que remite a nuestro simple, particular e infundado “juicio”, el establecimiento de un orden jerárquico entre principios morales.

2. Los postulados del utilitarismo

Sólo recientemente ha surgido una corriente crítica de los postulados centrales del utilitarismo que ha ejercido, desde su aparición a finales del siglo XVIII e inicios del XIX, una enorme influencia en el pensamiento de occidente, particularmente en el angloparlante y, muy especialmente, en Estados Unidos.

Tal predominio fue facilitado por el planteamiento de algunas teorías económicas que recurren a él como presupuesto moral. Incluso, se llegó a sostener que *“la apelación a consideraciones utilitaristas constituía la única alternativa válida para justificar instituciones y cursos de acción, y que la negativa a hacerlo era muestra de obscurantismo, confusión conceptual o indiferencia hacia los intereses de otros”.*³⁴

Esta doctrina no es obra de un solo pensador, pero podemos mencionar entre sus fundadores a Jeremy Bentham (*“Introduction to the Principles of Morals and Legislation”*, 1789) y John Stuart Mill (*“Utilitarianism”*, 1863). Los adherentes al utilitarismo han formulado planteamientos tan disímiles y variados que resulta muy complejo caracterizarlo, y por ello muchas propuestas calificadas como utilitaristas pueden no ser tales en sentido estricto. No obstante ello, han contribuido a mantener su vigencia, reformulándolo y convirtiéndolo en un instrumento cada vez más refinado para encarar los problemas morales y políticos.

Para el utilitarismo, el bien consiste en la satisfacción de un deseo, sin considerar la forma en que se distribuyen dichas satisfacciones; así, una sociedad sería justa

32. MARTÍNEZ GARCÍA, op. cit., p. 62.

33. *Ibíd.*, p. 63.

34. NINO, op. cit., p. 391. Este autor realiza una breve, pero excelente exposición de las concepciones utilitaristas que, en buena medida, se reproduce aquí.

cuando la estructura de sus instituciones procura el logro del mayor balance neto de satisfacción entre todos sus miembros, es decir: *"...una sociedad está correctamente ordenada cuando sus instituciones maximizan el balance neto de satisfacción... por lo que los términos apropiados de la cooperación social están fijados por cualquier principio que obtenga como resultado la mayor suma de satisfacción de los deseos racionales de las personas"*.³⁵

Los utilitaristas consideran que se justifica la restricción de libertad y privación de derechos de una minoría si contribuye a incrementar el bienestar social, como asimismo que las pérdidas de algunos pueden ser compensadas por el incremento de las ganancias de otro: *"la idea principal es que cuando las instituciones más importantes de la sociedad están estructuradas de modo que obtienen el mayor balance neto de satisfacción distribuido entre todos los individuos pertenecientes a ella, entonces la sociedad está correctamente ordenada y es por tanto justa"*.³⁶

Se trata de aplicar a las instituciones sociales el principio de elección racional que se adopta para el individuo. *"Este elector sería un espectador imparcial, que identifica los deseos de los demás como si fueran propios, y a través de actos imaginativos funde a todas las personas en una"*.³⁷

Según la formulación clásica del utilitarismo, el fin social consiste en incrementar al máximo la utilidad, entendida como el balance neto de satisfacciones de una sociedad. Como han graficado algunos autores, se confeccionaría una gran cuenta de pérdidas y ganancias, en la que se contabilizarían las satisfacciones y frustraciones de los deseos e intereses de los diferentes integrantes de la sociedad, tratando de incrementar el saldo neto (satisfacciones menos frustraciones). Las instituciones sociales serán justas si logran el máximo saldo posible.

"La evaluación moral de acciones, rasgos del carácter, instituciones, códigos éticos o jurídicos, etc., se realiza exclusivamente en términos de su impacto en el bienestar general. Si algo tiene mejores consecuencias en este sentido que sus rivales es moralmente mejor. En el planteamiento iniciado por Rawls la estructura básica de la sociedad sería justa si estuviera diseñada de tal modo que las consecuencias para el bienestar general fueran mejores que en cualquier otra posibilidad".³⁸

35. GONZÁLEZ SOLER, op. cit., p. 212.

36. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, p. 40.

37. GONZÁLEZ SOLER, op. cit., p. 213.

38. MARTÍNEZ GARCÍA, op. cit., p. 54.

El bienestar ha recibido múltiples y variadas definiciones, aunque en términos generales, ha sido identificado con el placer, la felicidad, la satisfacción de necesidades o la no frustración de deseos o intereses de toda índole (para Rawls, del deseo racional). En la actualidad, se prefiere esta última alternativa, abandonándose la alusión exclusiva a los placeres corporales y espirituales. Debemos tener presente que al procurar la maximización de la utilidad, únicamente importan los aspectos cuantitativos, sin atender a la desigualdad de la distribución.

*“Esta teoría de ética normativa defiende un solo principio último para evaluar moralmente a las acciones humanas, el llamado “principio de la mayor felicidad”, que establece que la corrección moral de un acto está determinada por la contribución de sus consecuencias a la felicidad (entendida como suma de placeres, o satisfacción de deseos o intereses, etc.) de cuantos están afectados por tales consecuencias”.*³⁹

Los partidarios de la corriente utilitarista, que puede ser calificada como consecuencialista, universalista y hedonista, presentan profundas divergencias en cuanto a la atribución de sentido y alcance del principio de utilidad, lo que deriva en el surgimiento de distintas clases de utilitarismo.⁴⁰

VI. Las influencias en la teoría de la justicia

Si bien *A Theory of Justice* es una obra profundamente original y su aporte resulta indiscutible, no es menos cierto que el núcleo de sus planteamientos está cimentado en gran medida en la tradición filosófica, particularmente en la ética kantiana y en el contractualismo roussoniano; presenta además una fuerte influencia de las doctrinas utilitaristas e intuicionistas a las que critica y frente a las cuales presenta una teoría alternativa; Por otra parte, sus modelos de análisis y de argumentación proceden de la tradición económica clásica anglosajona.⁴¹

Rawls, desde el comienzo, explicita la raigambre kantiana de su teoría que se refleja fundamentalmente en su proyecto filosófico, que aspira a derivar principios morales substantivos a partir de principios formales del razonamiento práctico; también dicha orientación se hace notar en su aceptación y adaptación de la idea kantiana de

39. NINO, op. cit., p. 395.

40. Ibídem, p. 395.

41. Ibídem, p. 409.

seres puramente racionales abstraídos de toda contingencia y que eligen en forma libre los principios morales o de justicia sin atender a sus preferencias, intereses o deseos. Por otra parte, al igual que la kantiana, su propuesta es de carácter deontológico, ya que hace prevalecer lo moralmente correcto sobre lo bueno. Finalmente, también adhiere a la tradición contractualista de la que Kant también había sido un ilustre exponente.⁴²

Como ya dijimos, en su intento por superar las propuestas utilitaristas e intuicionistas, Rawls vuelve la mirada al contractualismo, especialmente en las versiones de Rousseau y Kant. Pero a diferencia de éstos, su contrato social no tiene por objeto el establecimiento del Estado, sino determinar los principios de justicia que van a regir en la sociedad; se procura elucidar si existen ciertas condiciones en las que los integrantes de una sociedad consentirían en la organización de las instituciones sociales básicas, de modo de fundamentarlas y justificarlas en ese consentimiento hipotético universal.

Rawls denomina a su concepción de justicia “justicia como imparcialidad” (*justice as fairness*). Según ésta, los principios de justicia serían escogidos por seres libres, iguales, puramente racionales y auto-interesados. Para ello, Rawls recurre a la llamada “posición originaria” con el propósito de explicitar las condiciones necesarias para elegir los principios de justicia.

*“Rawls entiende por principios de justicia aquellos principios que establecen criterios para asignar derechos y obligaciones en las instituciones básicas de la sociedad y definen la distribución apropiada de los beneficios y cargas de la cooperación social”.*⁴³

1. La influencia kantiana en Rawls

Las relaciones entre el pensamiento de Kant y el de Rawls se deben abordar pormenorizadamente al tratar la posición originaria, la prioridad de la libertad y los principios de justicia, entre otros aspectos; en este trabajo nos limitaremos a señalar sólo algunos puntos de contacto.

La formulación del velo de la ignorancia conecta a Rawls con la filosofía moral kantiana por la que siente una gran atracción intelectual. En efecto, Rawls vincula expresamente sus planteamientos con la filosofía kantiana a través de la interpretación de la posición originaria en su forma madura, o del velo de la ignorancia; en resumen, este último tiene como objetivo limitar a las partes en las deliberaciones racionales

42. NINO, op. cit., p. 409.

43. NINO, op. cit., p. 410.

como agentes nouménicos, más que como seres fenoménicos. Tal como señala casi al concluir la sección destinada a abordar la interpretación kantiana: *"La posición original puede ser considerada como una interpretación procesal de la concepción kantiana de la autonomía y del imperativo categórico"*.⁴⁴

"La interpretación kantiana de Rawls es una glosa enormemente sugestiva de la posición original, y ninguna discusión breve puede valorarla con justicia".⁴⁵

Los principios formales de la razón práctica como se formulan en la teoría de la elección racional individual no son suficientes para brindar respuestas morales substantivas, pero si les imponemos una restricción de carácter procedimental (como las restricciones del espacio y del tiempo puros que, según Kant, no contienen más que simples relaciones) las restricciones del juego del regateo, al no considerar los deseos, aspiraciones, creencias o motivos de los jugadores, pueden derivarse conclusiones relevantes en la aceptación de los principios de justicia.

Rawls procurará demostrar *"como un teorema la proposición de que los agentes racionales, forzados en sus deliberaciones por las normas procedimentales del juego del regateo, así como por los principios puramente formales de la razón práctica, tiene que elegir, necesariamente, sus dos principios de justicia como la solución de su problema de elección racional colectiva"*.⁴⁶

"Es una idea sólida, y, aunque ahora está más claro que no surtió efecto, podemos ver fácilmente por qué Rawls persistió en ella hasta el final, a pesar de los muchos reajustes, revisiones y concesiones que transformaron su teoría original".⁴⁷

Un segundo punto de contacto entre Rawls y Kant lo encontramos en su búsqueda de una totalidad y coherencia sistemáticas y en la consideración de ésta como una de las principales demostraciones de verdad de sus respectivas teorías. En el caso de Rawls, esto se manifiesta de forma especial en las continuas referencias internas a diversas partes de su obra y en la necesidad de valorar cada elemento específico de su teoría con relación a los restantes.

44. Sin embargo, en términos estrictos, Rawls no es tan kantiano como él mismo pretende. En efecto, según la moral de Kant, el hombre actúa moralmente sólo si lo hace por puro respeto al deber y no por otras motivaciones. Pero en la posición originaria rawlsiana, las partes actúan motivadas por su autointerés, pues aspiran a conseguir el mayor número posible de bienes primarios, para así satisfacer su desconocido plan de vida. En consecuencia, Rawls no sigue realmente el concepto kantiano de autonomía.

45. WOLFF, op. cit., p. 105.

46. Ibídem, p. 23.

47. WOLFF, op. cit., p. 97.

2. Las vinculaciones de la Teoría de la Justicia con la tradición contractualista

El núcleo central de la teoría tradicional del contrato social lo constituye un pacto hipotético o acuerdo celebrado entre las personas y que fundamenta la legitimidad del Estado.

Desde una perspectiva histórica, la noción de contrato social nació como una explicación de la autoridad estatal, por lo tanto, se ocupa principalmente de asuntos de justicia distributiva y de política social y está inmersa en las discusiones en torno a la naturaleza y sede de la soberanía.

*“El tema común de las diversas teorías del contrato es la aseveración de que la soberanía reside originalmente en los individuos, de modo que la reunión o la agregación de la misma en una unidad y el traslado de ella a un portador que ha de ejercerla requiere un acuerdo colectivo (y generalmente unánime) de los originales poseedores de la soberanía”.*⁴⁸

Desde una perspectiva teórica, es posible distinguir dos grandes vertientes en la tradición contractualista. La primera de ellas está representada por John Locke, que presupone una teoría moral como premisa del razonamiento relativo al contrato. Para él, la validez y sustancia del contrato se basan en una teoría que explica las razones por las cuales el Estado tiene derecho a dominar y cuáles son sus fines legítimos, además de los límites de la autoridad estatal y las condiciones en las que los individuos están autorizados a derrocarlo. En su Segundo Tratado se plantea una teoría general de los derechos naturales y de la ley natural, con marcado acento intuicionista.

La otra vertiente del contractualismo proviene de Rousseau. Su planteamiento también principia con el postulado de un estado de naturaleza, pero sostiene que el ingreso a la sociedad civil a través de un contrato social produce una transformación moral –no psicológica– en los contratantes originales. En otros términos, el contrato muda la sustancia y la forma del razonamiento moral de los hombres. Con anterioridad al contrato, cada individuo posee una “voluntad privada” y al establecerse el acuerdo, adquiere la posibilidad de ejercer una “voluntad general”.

Rawls acude constantemente a la tradición contractual y particularmente a Kant:

*“La búsqueda de un interés humano moral, la consecución de la propia felicidad, es un punto de partida kantiano, como lo es la noción de racionalidad- que prevé en sus agentes...”.*⁴⁹

48. WOLFF, op. cit., p. 21.

49. Sobre este punto, ver GONZÁLEZ SOLER, op. cit., p. 124 y ss.

En la actualidad, se ha producido un resurgimiento de esta doctrina a través de una corriente denominada neocontractualista, dentro de la cual se incluye Rawls. El regreso a la tradición contractualista tiene lugar simultáneamente en dos tradiciones filosóficas y ámbitos geográficos diferentes.

Por una parte, los dos ejemplos más notables de la corriente neocontractualista en la filosofía norteamericana contemporánea se encuentran en la obra rawlsiana y en "Anarquía, Estado y Utopía" de Robert Nozick. Por otra, en Alemania ocurre lo mismo con filósofos como Apel o Habermas. Pero las razones de este retorno a una antigua tradición son bien dispares. Para los norteamericanos, implica un regreso al antiguo liberalismo como reacción ante un creciente conservadurismo social (para ellos, se trata de un giro hacia la izquierda, como se ha dicho); en cambio, para los alemanes, la causa está en la necesidad de justificar y fortalecer el concepto de estado y la obediencia a las leyes.

"El neocontractualismo de Rawls no supone la utilización tradicional del contrato ya que no legitima el estado ni el poder político, sino unas normas éticas de conducta, unos imperativos categóricos con la novedad de estar inmersos en un contexto histórico y socioeconómico preciso, a diferencia del imperativo categórico kantiano a histórico".⁵⁰

Dice J. Muguerza en relación con este tema:

"el enfoque aludido guarda según su autor expresamente reconoce, estrecha afinidad con el kantiano, preferidamente tenido en cuenta, a su vez, a la luz de la tradición teórica del contrato social. Pero por lo demás ha de quedar bien claro es que lo que aquí se intenta es una adaptación de tal enfoque y sólo eso, pues lo que Rawls primariamente le interesa no es teorizar acerca de la preferencia racional, sino elaborar sobre esa base una "teoría de la justicia" cuyas implicaciones rebasan generosamente los dominios de la filosofía moral, para incidir en varios otros, desde el derecho a la economía".⁵¹

En síntesis, la elaboración teórica de Rawls representa una fundamentación de una determinada concepción acerca del derecho y la justicia. Por medio del contrato social se busca superar una situación anterior.

En la Teoría de la Justicia se intenta dar solución a un problema de justicia distributiva: la distribución de los bienes indispensables para la vida e intereses de toda persona; dicha cuestión se decide a través de un acuerdo unánime acerca de un

50. GONZÁLEZ SOLER, op. cit., p. 22.

51. *La Razón sin Esperanza*, Taurus, Madrid, 1977, pp. 251-252.

principio moral y racional, lo cual requiere otros principios anteriores que establezcan la forma más justa de llegar a esa unanimidad.

El procedimiento a través del cual se escogen los principios de justicia consiste en una especie de juego contractual y quienes participan tienen una serie de atributos predeterminados. Ello, sumado a cierto ejercicio de racionalidad, ocasiona que la justicia sea el producto de un acuerdo social racional.

“El dato que acerca el contrato rawlsiano al neocontractualismo es la utilización de la convención racional para dar validez y vigencia a un determinado código moral. Aunque siempre podrá objetarse, la artificialidad de la unanimidad en la convención y su legitimidad no empírica”.⁵²

“Lo que Rawls trata de legitimar, por tanto, no es una determinada forma de gobierno, sino una decisión. El contenido de la legitimación es la justicia de la decisión. La legitimación se fundamenta por tanto, en una virtud moral”.⁵³

VII. La génesis de la teoría de la justicia

A Theory of Justice es el fruto de tres décadas de investigación, durante las cuales su autor realizó paulatinos esbozos en diversos artículos en los cuales se puede comprobar la creciente complejidad y riqueza que van adquiriendo las propuestas teóricas originales. Para estudiar detalladamente su evolución, es conveniente consultar el magnífico trabajo de Robert Paul Wolff: “Para Comprender a Rawls. Una Reconstrucción y una Crítica de la Teoría de la Justicia”.

En la génesis de la Teoría de la Justicia, podemos distinguir nítidamente tres modelos que analizaremos sucintamente a continuación:

El primer modelo en el que se presentan los presupuestos de su doctrina, lo encontramos en su artículo de 1958: “Justice as Fairness”, que posteriormente se transformará en el primer capítulo de la Teoría de la Justicia. En este trabajo, destacan “la necesidad de la consecución de la justicia en todas las actividades sociales, la concepción de la justicia

52. GONZÁLEZ SOLER, op. cit., p. 480.

53. GONZÁLEZ SOLER, op. cit., p. 480.

integrada por sus dos principios que ha de ser aplicada a toda sociedad, y el intento de superación de los defectos de la teoría utilitarista, añadiéndole un contenido moral. Todo ello enfocado desde la perspectiva que aúna justicia e imparcialidad entendida en el sentido de aceptación de las reglas de un juego justo".⁵⁴

No obstante sus debilidades, vastamente criticadas, este ensayo constituye la piedra angular sobre la que se construye el resto de la obra rawlsiana y destaca por su claridad y sencillez. En él, nuestro autor enfatiza que el objeto de su análisis será la justicia de las actividades y prácticas sociales y no la valoración de acciones individuales: "No considero la justicia como una virtud de las acciones particulares o de las personas. Es importante distinguir estos diferentes aspectos de la justicia, ya que el significado del concepto varía según se aplique a las prácticas sociales, acciones particulares o personas. Estos significados están sin duda conectados pero no son idénticos. Limitaré mi discusión al sentido de la justicia aplicada a la actividad social, ya que en este sentido es fundamental".⁵⁵

La concepción rawlsiana de la justicia se encuentra conformada por dos principios que contienen valores liberales característicos: libertad e igualdad, que aspiran a superar racionalmente las injusticias sociales, instando a que todos prefieran el resultado de la existencia de las desigualdades.

Sostiene Wolff en este sentido: "*La llave para la solución al problema contractual desde el punto de vista de Rawls, es un hecho fundamental de la vida económica- lo que llamaré posibilidad de plusvalía de la desigualdad*".⁵⁶ Esto se tratará después.

"En este punto, Rawls tuvo una idea. Me atreveré a decir que fue una de las más bellas ideas de la historia de la teoría social y política.. Aunque el problema de Rawls procedía de la historia de la filosofía moral, e incluso en la década de los 50 tenía un sabor un tanto antiguo, con su elaborado interés por la doctrina más bien singular del intuicionismo, su idea fue, como dirían los jugadores de ajedrez, hipermoderna. Rawls proponía construir un modelo formal de una sociedad de individuos racionalmente egoístas, a quienes él imaginaría entregados a lo que la teoría moderna de la elección racional llama un juego de regateo. La solución al juego del regateo era un principio moral que tenía las características de la

54. GONZÁLEZ SOLER, op. cit., p. 5.

55. RAWLS, John, "Justice as Fairness", pp. 164-165. Ver *Collected Papers*. Edited by Samuel Freeman. Harvard University Press, Massachusetts, 1999.

56. Op. cit., p. 35.

57. WOLFF, op. cit., p. 23.

constructividad, la coherencia con nuestras convicciones morales y la racionalidad, y que destinaba un espacio independiente a la noción de lo justo, a la vez que reconocía la dignidad y el valor de la personalidad moral".⁵⁷

El segundo modelo rawlsiano se encuentra formulado en su artículo "*Distributive Justice*", en el cual extrema la generalidad derivada de la enunciación de los dos principios de justicia, añadiendo el velo de la ignorancia como un elemento que proporciona imparcialidad y objetividad.

El velo de la ignorancia es un recurso cuyo propósito consiste en que los participantes en el juego contractual no consideren sus peculiaridades, naturales, sociales y económicas, obteniendo así "*una unanimidad artificial de circunstancias de conocimiento como medio para que sus dos principios de la justicia sean elegidos*".⁵⁸

Dice Wolff: "El velo de ignorancia tiene también el efecto de obligar a los juzgadores a adoptar un punto de vista general que guarda una fuerte semejanza con lo que algunos filósofos morales denominan "un punto de vista moral". Los hechos que el velo oculta a los juzgadores son aquellos hechos que parece inadecuado tener en cuenta al hacer juicios morales en vez de juicios prudenciales".⁵⁹

Otro punto relevante de esta segunda formulación lo encontramos en la aplicación del principio de diferencia y en el trato dado a las desigualdades.

A diferencia del primer modelo, son los sujetos representativos de los grupos menos favorecidos socialmente y no la persona representativa de cada estatus social, quienes determinan la aceptación o rechazo de las desigualdades; en otros términos, se impone un requisito a las desigualdades originadas en la distribución de bienes fruto de la cooperación social: éstas deben beneficiar a los sectores menos aventajados de la sociedad.

"La aplicación del principio de la diferencia a las instituciones sociales va a producir una desigualdad menor en la distribución de bienes, lo que la convertirá en una distribución justa que incorpora a su vez los resultados de eficacia conseguidos por el utilitarismo".⁶⁰

58. GONZÁLEZ SOLER, op. cit., p. 9.

59. *Ibidem*, p. 61.

60. GONZÁLEZ SOLER, op. cit., p. 11.

El tercer modelo aparece ya en la edición de la "Teoría de la Justicia" (Belknap Press of Harvard University Press, 1971),⁶¹ donde introduce la prioridad de la libertad. Al postular sus dos principios de justicia, establece un orden lexicográfico o serial en que éstos deben aplicarse a las instituciones sociales: el primer principio es prioritario respecto del segundo *"Atribuyó así un valor máximo a la libertad y, por tanto, a los valores que conlleva la ciudadanía, ámbito en el que se presume será ejercitada la libertad que aquí se contempla"*.⁶²

Además, existe un segundo límite al primer principio: se impide de manera expresa el intercambio entre libertades y bienes; la libertad no puede ser usada como moneda de cambio para conseguir más bienes.

Señala Wolff en este sentido:

"En la revisión final que Rawls ofrece de sus dos principios, permite que una sociedad situada en las primeras etapas de su desarrollo económico y social, suprima esta regla de prioridades y sacrifique parte de su libertad en beneficio de un programa relativo de bienestar material, pero solo como un paso más en el camino para llegar al momento en que la regla de prioridad se impone. El efecto de la regla de prioridad, tal y como Rawls lo explica, es permitir las restricciones de libertad únicamente a favor de la libertad en sí misma".⁶³

En síntesis, el último de los elementos introducidos por Rawls en su teoría está conformado por dos límites y una excepción por medio de los cuales se busca que la libertad esté garantizada: la restricción de la prioridad que significa el orden lexicográfico de aplicación y el límite de ausencia de restricciones a la libertad, a los cuales se agrega la excepción que rige para aquellas sociedades que no han alcanzado un mínimo nivel de desarrollo socioeconómico.

61. Todos los ensayos-alrededor de una docena- que ha publicado en revistas académicas tratan de uno otro aspecto del tema de ese libro. Como contestación a la afluencia de comentarios acerca de su libro, Rawls ha comenzado a "responder a sus críticos". WOLFF, op. cit., p. 189.

62. GONZÁLEZ SOLER, op. cit., p. 12.

63. *Ibídem*, p. 83.

BIBLIOGRAFÍA

- GONZÁLEZ ALTABLE, María Pilar, *John Rawls. Una Concepción Política y Liberal de la Justicia*. Prólogo de José Montoya Sáenz. Editorial Novo Século, Portugal, 1993.
- GONZÁLEZ SOLER, María Dolores, *Fundamentos, Análisis y Crítica de la Teoría de la Justicia de John Rawls*, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús, *La Teoría de la Justicia de John Rawls*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.
- NINO, Carlos Santiago, *Introducción al Análisis del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 1983.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- VALLESPÍN OÑA, Fernando, *Nuevas Teorías del Contrato Social: J. Rawls, R. Nozick y J. Buchanan*. Alianza, Madrid, 1985.
- WOLFF, Robert Paul, *Para Comprender a Rawls. Una Reconstrucción y una Crítica de la Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1981.

ARTÍCULOS

- RAWLS, John, "The Independence of Moral Theory". *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, XLVIII, 1974-1975, p. 5 y 6.
- RAWLS, John, "Justice as Fairness", pp. 164-165. *Collected Papers*. Edited by Samuel Freeman. Harvard University Press, Massachusetts, 1999.

ACERCA DE LA SUBJETIVIDAD JURÍDICA DEL NASCITURUS*

Tomás-Javier Aliste Santos **

1. El problema dogmático-conceptual

El acercamiento a los conceptos de capacidad, subjetividad y personalidad desde la perspectiva jurídica supone abordar un problema dogmático conceptual. Desde el desarrollo de la idea de personalidad y su aplicación al Derecho como categoría dogmática esencial, los tres conceptos se han explicado a menudo como sinónimos referentes a una misma realidad y como soportes dogmáticos de la misma: la persona humana. La confusión terminológica entre los autores es patente y llega a un grado tal que muchas veces se nos presenta la capacidad como idéntica a la personalidad, la subjetividad aparece marginada, disminuida, privada de su independencia conceptual y, con frecuencia, olvidada, sin sentido jurídico. La personalidad domina, absorbe las bases dogmáticas donde se levanta y nutre todo el edificio jurídico, ningunea la autonomía de la capacidad y condena a la subjetividad a la pena de ostracismo

* La legislación y jurisprudencia citadas, salvo nota en contrario, se entenderán referidas a España.

** Abogado y Doctorando de la Universidad de Salamanca.

conceptual. Ya el profesor Guasp¹ se percataba de este fenómeno a mediados del pasado siglo en un artículo titulado "El individuo y la persona".

Reducir al concepto de personalidad las categorías de capacidad y subjetividad cierra posibilidades a una dogmática más rica y rigurosa. Limita el desarrollo dogmático y ofrece, en consecuencia, una ciencia jurídica sin vuelos, cegada por el dogma de la personalidad, constructora de un vasto sistema que gira sobre la persona, pero incapaz de abstraerse y de fundar la dogmática sobre conceptos más amplios e incluso más estrictamente jurídicos que la categoría de personalidad.

No cabe duda de que el problema fundamental implica una precisión terminológica de los primeros conceptos jurídicos, llenarlos de contenido y averiguar las relaciones existentes entre ellos. De este modo, una vez deslindados los conceptos, tendremos las bases seguras para construir y comprender mejor el sistema jurídico.

1.1. La confusión terminológica entre capacidad y personalidad

A menudo, como pone de relieve Falzea,² el concepto de capacidad aparece simplemente esbozado por la doctrina, dando lugar a una terminología imprecisa que lo presenta como realidad conceptual de límites difusos, desdibujados, que implican una difícil individualización conceptual en su relación con otros conceptos jurídicos fundamentales como la subjetividad y la personalidad. La confusión terminológica da lugar a un problema dogmático que, a primera vista, puede parecer meramente teórico y alejado de la realidad práctica del derecho, pero su falta de solución, a poco que se reflexione sobre el asunto, provoca graves problemas de comprensión y encaje entre los datos aportados por la realidad extrajurídica y su asimilación por la ciencia del Derecho. Se trata de conceptos que no han sido profundamente analizados y que, sin embargo, son las bases, los cimientos del ordenamiento jurídico privado, pero que permanecen en un estado de simple definición, sin ahondar mucho en su significado, posiblemente por el grado de suma dificultad que supone para la doctrina abordar estas estructuras tan abstractas del pensamiento jurídico, obra de la más estricta dogmática conceptual.

1. Confronta las ideas de persona e individuo y llega a la conclusión de entender la noción de persona como una pretensión de objetividad desprovista de humanidad. La persona sería, pues, "una negación estricta de todo lo que puede haber de valioso en lo simplemente subjetivo". Vid. GUASP: El individuo y la persona, Revista Derecho Privado, t. XLIII, 1959, p. 3 y ss.

2. Escribe FALZEA: "Intorno ad alcuni nuclei concettuali, che la tradizione scientifica ha cercato di isolare e di definire, esiste oggi, sul significato giuridico del termine capacità, una larga frangia di idee imprecise ed eterogenee, fonte di oscillazioni e di incertezze". La responsabilidad de este estado de confusión es, según el profesor FALZEA, en primer lugar, del legislador, que rompe la unidad conceptual de la capacidad jurídica y, en segundo lugar, de la doctrina, que tampoco ha hecho esfuerzo alguno por recomponer una idea unitaria del término frente a la pluralidad de significados a la que tiende. Vid.: Ricerche di Teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. II. Dogmatica giuridica, Milano, 1997, p. 233.

Dogliotti y Figone señalan que la capacidad jurídica se ve generalmente como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones jurídicas y que es el concepto frecuentemente coincidente o análogo a las nociones de subjetividad y de personalidad.³ Así, se sigue la serie conceptual: sujeto de derecho, persona y jurídicamente capaz. Además, afirman que todo intento de elaborar una distinción entre los términos es un artificio nominalístico, porque debido a la evolución del orden jurídico, que tiene en la fase actual al hombre como primer punto de referencia y centro del sistema, es artificioso distinguir las mencionadas categorías dado que las mismas coinciden en él como sujeto, centro imputador de todos los intereses jurídicos, una vez que le es reconocida su inmediata personalidad. Ahora bien, este razonamiento supone un enfoque realista exacerbado en torno a la persona. Para esta concepción, la persona es realidad fundamental y toda la construcción jurídica se explica en función de ella. La dualidad necesaria entre sujeto y objeto de conocimiento desaparece porque la percepción de lo real parte de la persona como sujeto y su atención se dirige a la persona como objeto. Desde esta línea de razonamiento, realidades diferentes a la persona y necesitadas de atención por el derecho, porque inevitablemente existen, operan y surten efectos en la vida jurídica, ofrecen un difícil encaje en la estructura de la ciencia jurídica, cuya dogmática personalista se ve incapaz de asimilarlas, originando una inevitable disociación entre ciencia y práctica del Derecho con el consiguiente salto lógico al vacío para esta última.

Por consiguiente, lo más aceptable es, pues, abordar la cuestión conceptual, precisar los conceptos más allá de su significado, diseccionarlos, confrontarlos, evidenciando lo que de similar o distante hay entre ellos y, sólo a partir de entonces, construir. Permanecer en un estado de indeterminación conceptual no permite avanzar, cimienta dogmas sobre todos y contribuye a disociar ciencia y práctica jurídica.

1.2. Concepciones metodológicas previas sobre el concepto de persona

Expuesto el camino, antes de continuar es necesario adoptar una posición con respecto a las direcciones metodológicas elaboradas sobre la persona. La primacía de la persona como sujeto de derecho es tal que acercarse al problema de la subjetividad jurídica inevitablemente implica adoptar una dirección metodológica sobre la misma ya que condiciona sobremanera al resto de categorías ontológicas partícipes de subjetividad jurídica.

La persona y su cualidad, la personalidad, son a juicio de buena parte de la doctrina, realidades que suponen una especie de prius lógico para el Derecho. La personalidad, escribe Ramos Chaparro, "se erige en valor autónomo y tiene una

3. En ese sentido, llegan a afirmar: "poco credito hanno oggi le teorie che distinguono capacità, soggettività e personalità". Cfr. M. DOGIOTTI y A. FIGONE, in *Le Persone*, volume I, Torino, 2000, p. 12.

realidad ética que se impone al derecho del Estado y que reclama su plasmación jurídica".⁴ La esencia de la obra del profesor De Castro, como escribe Garrido de Palma,⁵ consiste en presentar al Derecho civil como regulador de la persona humana debido a la dignidad intrínseca de la misma. Así, el análisis o juicio que desde el derecho se hace sobre la persona conlleva inevitablemente a asumir una de las dos teorías acerca de la misma, a saber: la concepción abstracta-formalista y la teoría realista.⁶

1.2.1. Concepción abstracta-formalista

La concepción abstracta,⁷ en cuanto a su procedencia metodológica, se encuadra dentro del formalismo positivista del siglo XIX. La persona se concibe como un concepto jurídico susceptible de aprehensión dogmática. Debido a las exigencias de la lógica jurídica se procede a elaborar, tomando como base el concepto de persona, todo un edificio dogmático escrupulosamente respetuoso de la lógica abstracta, entendida como la argamasa constructora de la estructura jurídica. Conforme a esta dirección, no se hace valoración del concepto de persona que rebase el ámbito jurídico. La persona se entiende en tanto encuentro regulación por el Derecho. Por ello, sobre el concepto de persona no se desarrollan más razonamientos que los estrictamente jurídicos y tomando por base el Derecho positivo. La persona se concibe desde una óptica puramente jurídica que evita toda valoración del concepto desde prismas distintos como la moral, la filosofía o la religión precisamente porque no son jurídicos. Es decir, la pregunta no consiste en saber qué es el hombre, porque para eso está la filosofía. Se trata más bien de atender a una realidad recogida por el Derecho. Entonces, sobre una realidad esencialmente normativa, se procede a la construcción jurídica. De la pluralidad de normas referentes al ser humano, entendido como realidad en sí misma considerada, se procede a la síntesis y elaboración conceptual del término "persona". Así, surge una serie de conceptos asociados tales como personalidad, capacidad, subjetividad y titularidad construidos mediante un razonamiento exclusivamente jurídico desprovisto de toda carga valorativa. Tenemos, pues, conceptos armoniosos, surgidos de la idea "persona" evocada, pero no valorada por el Derecho. Conceptos puros, refinamientos científicos sin contaminación extrajurídica, frutos del formalismo positivista.

Esta dirección metodológica, plasmada en la codificación decimonónica, ha recibido enormes críticas que llevan a su rechazo y abandono tal y como sus artífices la entendieron. En síntesis, se ha dicho que su insuficiencia teórica deviene

4. RAMOS CHAPARRO, Enrique: *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995, p. 102.

5. GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, *El Derecho civil, protector del ser humano*, en *Anuario Derecho Civil*, 1983, núm. 36, p. 1359 y ss.

6. Constituyen las explicaciones más acabadas dadas por la ciencia jurídica sobre la persona.

7. La noción abstracta de la persona recibe también los nombres de nominalista, noción jurídico-formal o normativista, entre otros, tal y como manifiesta el profesor RAMOS CHAPARRO, *vid. op cit*, p. 122.

del formalismo positivista que rezuma. Parte de un positivismo normativo que inevitablemente genera un formalismo jurídico. Y el error del formalismo, como expone Hernández Gil,⁸ consiste en la disociación entre materia y forma quedándose sólo con la última. Igualmente, la teoría abstracta conduce a un dogmatismo sobre las categorías de subjetividad y capacidad que se entienden sólo en relación a la persona.⁹

1.2.2. Concepción realista o sustancialista. Críticas

Frente al planteamiento abstracto formalista sobre la persona se erige la visión realista. Cuestiona fundamentalmente del planteamiento anterior su raíz conceptualista, que lleva a un distanciamiento muy marcado entre el mundo ideal de los conceptos y el mundo real donde se desarrollan los fenómenos jurídicos. Conforme a una posición realista, el conocimiento jurídico no debe fundarse exclusivamente en la forma sino atender también y por igual la materia, la realidad que nutre la norma. Es decir, en cuanto a la persona, interesa su conocimiento jurídico en tanto realidad existente, por tanto, extramental y no pensada, no es fruto de la lógica jurídica sino hecho apreciable que reclama regulación.

Dentro de un enfoque realista en general surge como manifestación concreta el llamado realismo ético de De Castro¹⁰ y el realismo personalista del cual, dice Ramos Chaparro, se impregna fuertemente nuestra Constitución.¹¹ La persona se contempla por el Derecho desde una perspectiva valorativa, entendida como valor ético, caracterizada por su dignidad intrínseca, que es condicionante y limitadora del Derecho aplicable a la misma.

Sin embargo, esta concepción realista sobre la persona, tan en boga en nuestros días, ha supuesto en cuanto al concebido un obstáculo más en el camino de su ya de por sí complejo entendimiento jurídico, debido a las siguientes razones:

El realismo entendido como reacción al formalismo, en el caso del nasciturus ha constituido, y aún sigue haciéndolo, un impedimento de todo avance dogmático

8. Cfr. HERNÁNDEZ GIL, *Metodología del Derecho (ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas)*, Madrid, 1945, p. 162 y ss.

9. Se pone de manifiesto el dogmatismo asfixiante de la noción abstracta revelando un círculo vicioso conceptual desde esta perspectiva porque, según critica DE CASTRO, la concepción abstracta "a la pregunta ¿quién es persona? contesta: el capaz de derechos y obligaciones; a la pregunta ¿quién es capaz de derechos y obligaciones? Responde: la persona". Cfr. DE CASTRO: *Derecho Civil de España, Parte General*, t. 1, Madrid, 1955, p. 29.

10. A esta concepción se refiere el profesor GORDILLO CAÑAS en su trabajo: *Realismo ético: el Magisterio metodológico de Federico de Castro*, *Anuario Derecho Civil*, 1983, núm. 36, p. 1403 y ss.

11. Afirma el profesor RAMOS CHAPARRO: "autorizados intérpretes han visto consagrada la construcción realista en la Constitución española de 1978. Entendemos, por ello, que a partir de entonces, la primacía de esta noción no debe basarse en el dato estadístico de los autores que la siguen, sino en el dato normativo que la impone con el carácter de principio general del Derecho". *Op. cit.*, p. 147.

en el terreno conceptual por su aversión al método conceptual.¹² Esto ha generado un frenazo dogmático de toda línea de desarrollo conceptual que se rechaza sistemáticamente por su apartamiento de la realidad.

Por otro lado, contribuye a obscurecer la problemática del nasciturus de forma notoria la excesiva influencia que sobre el entendimiento jurídico de lo que es el ser humano tiene el realismo personalista, que se ocupa exclusivamente de la persona, llegando a identificar los términos "hombre" y "persona" sin tener en cuenta más que de una manera residual al nasciturus siempre entendido como persona "in fieri", pero no en función de su realidad ontológico jurídica, sino diluyendo su ser jurídico en la realidad "persona".

Finalmente, quizás los factores más determinantes para explicar la situación de insuficiencia teórica en la que hoy se encuentra el concebido sean las influencias del sociologismo jurídico y de la jurisprudencia de intereses. Para el sociologismo jurídico, el Derecho es la mera constatación de hechos sociales. Como señala Hernández Gil al exponer el planteamiento metódico del sociologismo jurídico, del dato bruto de la experiencia, de lo que acontece realmente, deriva el deber ser. La situación de hecho se erige en situación de Derecho, por eso la investigación jurídica se reduce a una investigación sociológica.¹³ En esta línea, por ejemplo, se encuadra la obra de Gastón Jeze, para quien el Derecho consiste en un conjunto de reglas que se aplican en un tiempo determinado y un espacio concreto, con independencia del juicio de valor que sobre ellas se efectúe. El Derecho depende de su aceptabilidad por el mayor número de individuos que comprenden la sociedad en que se aplica. Así, será Derecho aquello que la conducta de la sociedad estime como tal. Parece que este sociologismo ha calado hondo en lo que atañe a la protección jurídica del concebido. Sus efectos se han manifestado con verdadera nitidez en el Derecho Penal, porque se acude una y otra vez para justificar la despenalización parcial del delito de aborto al método sociológico, el cual sirve de justificativo de la norma despenalizadora al constatar la aceptabilidad de la misma en la sociedad.

Junto al sociologismo jurídico de raíz positivista, la jurisprudencia de intereses también ha contribuido a frenar todo desarrollo doctrinal de la subjetividad jurídica del concebido. Particularmente, y otra vez en el área penal, doctrina y jurisprudencia han recurrido a este método presentando el problema del nasciturus como un conflicto de

12. Está lejos de este trabajo hacer una defensa cerrada del conceptualismo jurídico, pero tampoco renunciar al concepto como medio para estudiar la realidad jurídica. Es imprescindible si se quiere tener un enfoque global sobre la protección al concebido, analizar las diversas normas en que ésta se manifiesta. "Observación, interpretación, análisis y síntesis conceptuales. Conceptos, sí. Estos resultan imprescindibles para la obtención y contención de los conocimientos"; palabras extraídas de la Metodología de HERNÁNDEZ GIL (p. 383), que son una llamada de atención sobre la necesidad del concepto, y de las cuales este trabajo quiere hacerse eco.

13. Op. cit., p. 261 y ss.

intereses entre bienes jurídicos dignos de protección (así la vida del feto y la dignidad de la mujer), decantándose por uno de ellos en función de su prevalencia.¹⁴ Sobre esta cuestión volveremos al comentar la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985. Por el momento baste decir que, siguiendo la teoría enunciada, siempre que la interpretación lógica sea insuficiente por carecer de base normativa, y esta materia de la subjetividad es uno de esos casos, ha de acudir a la constatación empírica del interés preponderante. Se huye, así, de cualquier intento de aproximación al problema que vaya más allá de la búsqueda del interés que es el fin que mueve la ciencia del Derecho. A Heck y la Escuela de Tubinga repugna el conceptualismo y la abstracción metafísica, lo que interesa es la vida de relación, nada más. Los resultados de esta concepción en cuanto al nasciturus bien se saben y dejan irresoluble el problema dogmático que plantea el tema del concebido para el Derecho.

1.3. El valor de la persona dentro del sistema jurídico

El realismo nos ha permitido contemplar a la persona desde una perspectiva valorativa, contribuyendo enormemente al desarrollo jurídico de la idea de dignidad e impregnando las categorías dogmáticas de su significado.¹⁵ La persona y su cualidad, la personalidad, son dos instituciones esenciales para la dogmática; sobre esto el pensamiento es unánime. Sin embargo, flaco favor se hace al desarrollo dogmático cerrando las categorías en torno a la idea de personalidad sin consideración alguna de otras manifestaciones jurídicas diferentes de la persona y que igualmente son cognoscibles en el ordenamiento, porque ahí están sus hechos. Intentar construir una dogmática jurídica sólo y exclusivamente girando sobre la idea de persona como único sujeto de derecho supone cerrar en falso la ciencia. La enorme importancia de la persona no faculta al desconocimiento sobre otras manifestaciones de la subjetividad. Decir que la persona es el único sujeto de derecho no es más que dogmatismo puro. Por los hechos, por los actos jurídicos e incluso por las disposiciones normativas se constata una y otra vez lo contrario.¹⁶ En la Ley de Enjuiciamiento civil así se ha

14. En esa dirección se pronuncia la mayor parte de la doctrina penal, tal y como afirma, por ejemplo, MUÑOZ CONDE; expone el reconocido penalista que la vida humana dependiente es un bien jurídico objeto de protección penal, pero en caso de conflicto con bienes jurídicos de la mujer embarazada deben arbitrarse a priori causas de justificación, "inspirándose en los principios de ponderación de intereses y de no exigibilidad de un comportamiento distinto". Cfr. MUÑOZ CONDE: Derecho Penal. Parte Especial, 11ª ed, p. 83.

15. Así lo entiende el profesor RAMOS CHAPARRO cuando habla de la esterilidad de la cuestión sobre la prevalencia de la noción real sobre la abstracta o viceversa, entendiendo que ambas se necesitan de manera recíproca, pero la construcción real lleva consigo el deber de respeto a la persona, que se convierte en principio general. Así pues, escribe RAMOS, "la primacía de la noción real de la persona no es otra cosa que la misma prioridad valorativa que el actual ordenamiento reconoce a la persona humana, al configurar como valores superiores los mismos atributos ontológicos de aquella (libertad e igualdad)". Op. cit., p. 147 y 148.

16. Se trata de una afirmación propia de un dogmatismo personalista que ya ni siquiera encuentra apoyo normativo. Las disposiciones procesales establecidas en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil en cuanto a las partes del proceso son prueba de ello. Vid. art. 6 LEC 1/2000, de 7 de enero.

entendido superando la tradicional dualidad persona física y jurídica y dando cabida a otras realidades, que en su pluralidad conforman lo que entendemos por subjetividad jurídica, cuando regula la capacidad para ser parte.¹⁷ No debe extrañarnos tal superación. Ha quebrado la identificación exclusiva entre subjetividad y capacidad con personalidad, levantada sobre puro dogmatismo. Por eso una vez percibida en la vida jurídica la presencia de otras realidades diferentes de la persona, ¿Qué otra cosa quedaba sino su constatación normativa? Así, el dogma de la personalidad/subjetividad se relativiza. Desciende de sus alturas ideales para dar entrada a una idea de la subjetividad mucho más rica. Se ha obrado, pues, una reformulación dogmática de la subjetividad jurídica. La persona física no pierde su protagonismo ni su fuerza jurídica, tan sólo pasa a integrarse como uno más de los sujetos de Derecho, eso sí, como lo que ya era antes: la manifestación más completa de la subjetividad jurídica. No veo razón alguna para combatir este triunfo dogmático. Pergeñar en otra dirección deja sin resolver el problema de lo que son esas realidades óntico-jurídicas no personales. Si se acepta la tesis de la pluralidad de los sujetos jurídicos vemos la subjetividad como categoría ontogénica. Así, desde la ontogenia podemos analizar a los sujetos jurídicos, señalar sus rasgos, observar sus actos jurídicos, trazar sus características y, sobre esa base empírica y experimental, deducir los caracteres esenciales de la subjetividad jurídica. La comprensión de la categoría "subjetividad jurídica", aceptada su emancipación conceptual, es fundamental para averiguar el verdadero perfil jurídico que tiene la figura del concebido y así proceder a su encuadre e integración dogmática.

2. El concepto jurídico de subjetividad y su aplicación práctica

2.1. Concepción de la subjetividad como la primera categoría dogmática: subjetividad como fundamento de la capacidad y de la personalidad

La subjetividad ha sido tradicionalmente un concepto de escasa atención dogmática. Permanece en un estado de indeterminación terminológica y de vaga caracterización. Apenas esbozada, suele presentarse como sinónimo de personalidad y, en no pocas ocasiones, totalmente encubierta bajo el concepto de ésta.¹⁸

17. CORDÓN MORENO, glosando el art. 6 de la LEC, revela que la vinculación estricta entre capacidad jurídica y personalidad ya se encontraba rota por la labor jurisprudencial que en determinados casos reconocía capacidad para ser parte a entes sin personalidad; así, esa ruptura jurisprudencial encuentra en la nueva LEC acomodo normativo. Vid. Ley de Enjuiciamiento civil, Aranzadi, 2000, p. 73.

18. Ejemplo de este encubrimiento y mezcla conceptual es el siguiente texto de DOGLIOTTI y FIGONE: "Il profilo statico della personalità è appunto la capacità giuridica, che designa un carattere meramente passivo del soggetto, un suo modo di essere nei confronti delle conseguenze giuridiche, in breve la riferibilità al soggetto di diritti, obblighi, situazioni giuridiche". Cfr. Op. cit., p. 13. Ante esto, defendiendo una concepción basada en la autonomía conceptual de los términos subjetividad, capacidad y personalidad,

Y, sin embargo, aunque parece claro y además unánimemente admitido que toda persona es sujeto de derecho, más problemático resulta averiguar qué son otras realidades ontológicas, que sin ser personas también comparten con ellas la cualidad de sujetos de derecho. Ahí es donde juega un papel esencial la subjetividad. El concepto de personalidad no satisface las necesidades teóricas que tratan de explicar otros sujetos diferenciados de la persona, pero también intervinientes en la vida de relación; realidades que están en el mundo, actúan y producen efectos jurídicos, tienen intereses y los defienden. De este modo, es necesario saber qué es la subjetividad jurídica, llenar de contenido el concepto y diferenciarlo cuidadosamente de la personalidad o la capacidad.

¿Cómo puede responderse a la pregunta sobre qué es la subjetividad? Ciertamente, la cuestión es compleja. No veo manera mejor para tratar de dar respuesta que acudir a la inducción y estudiar las situaciones jurídicas concretas para verificar o no la existencia de entidades susceptibles de atención por el ordenamiento. Del estudio concreto de la diversidad de situaciones establecidas en el mundo jurídico, observamos que muchas surgen de una pluralidad de entes no siempre personales. Estos sujetos de derecho, calificados en su conjunto como "ens tertium", han recibido especial atención por la doctrina italiana, Messineo, Frosini, Galgano, Magni, Falzea y Bianca, entre otros, se han ocupado de su integración dogmática en la teoría de la subjetividad.¹⁹ Magni publica en 1951 un artículo titulado "Soggetto e persona nel diritto" donde plantea la distinción entre sujeto y persona. El sujeto es un símbolo primario referido al hombre. La persona sería un símbolo derivado que puede o no referirse al hombre.²⁰ En la misma línea, Frosini advierte que el gran obstáculo con el que se tropieza siempre que se procede al reconocimiento de sujetos de derecho es el prejuicio antropomórfico por parte de la doctrina, que impide ver otras realidades

cabe decir que la capacidad jurídica no es el perfil estático de la personalidad sino de la subjetividad, categoría conformada por sujetos que pueden o no ser personas.

19. El reconocimiento por parte del Derecho de entidades no personales es complicado. DOGLIOTTI y FIGONE escriben que hay una línea doctrinal encabezada por WOLF favorable al reconocimiento de órganos e instituciones dotados de facultades y obligaciones, pero sin capacidad general. Será la ley concreta la que en cada caso y por su ministerio reconoce un mayor o menor número de sujetos de derecho. Cfr. Op. cit., p. 12. FALZEA critica esta línea de estudio calificándola de error de perspectiva. Considera que la capacidad jurídica y la subjetividad presuponen una cualidad abstracta del sujeto, cualidad dada a priori y esencialmente potencial. Cfr. Op. cit., p. 250.

En la doctrina italiana hay una tendencia muy acusada a la disociación terminológica entre sujeto y persona, siendo favorables algunos autores a un ens tertium. Expresa RAMOS que este sujeto no persona se ha ido abriendo paso en la dogmática italiana. Así, por ejemplo, FROSINI habla de una tripartición conceptual, que distingue entre persona física, persona jurídica y sujeto de derecho, pudiendo aplicarse el último término a los dos anteriores, pero que, al mismo tiempo, puede referirse a una figura autónoma basada en el derecho objetivo. Cfr. RAMOS CHAPARRO: Op. cit., p. 141 y FROSINI: voce: soggetto del diritto, en *No-vissimo Digesto Italiano*, 1970, t. XVII, p. 816.

20. C. MAGNI: "Soggetto e persona nel diritto (contributo metodologico)", en *Il diritto ecclesiastico*, núm. 62, 1951, p. 1 y ss.

diferentes al hombre.²¹ Hay diversas entidades que pueden producir, y de hecho lo hacen, efectos jurídicos. Así, junto a la persona, tenemos otros sujetos: los pueblos, las asociaciones, la familia, la sociedad conyugal, las comunidades vecinales,... y nuestro concebido no nacido. Se trata de realidades empíricamente constatables que están ahí, en el mundo y, guste o no, producen efectos jurídicos. Constatada su existencia, surge la pregunta ¿Tienen rasgos en común las diversas realidades presentadas? ¿Qué tienen en común o de similar realidades tan diferenciadas como la masa patrimonial de la herencia yacente o la persona? La mera comparación parece absurda. Y, sin embargo, parece que sí, que algo hay en común, siendo esas similitudes en cuanto a su configuración ontológica las notas de la subjetividad jurídica. Así, podemos apreciar los siguientes caracteres de la subjetividad en todo sujeto jurídicamente relevante:

2.2. Los caracteres de la subjetividad

Se trata de realidades que surgen en la vida jurídica como el mejor modo de salvaguardar intereses humanos.²² Es la primera de las características para ser un sujeto de derecho. Debe tratarse de entes en sí, diferenciados de otros de manera apreciable, realidades tangibles para el Derecho y no ideas sin posibilidad de aprehensión corpórea.

Su existencia está presidida por una voluntad genética que conduce a la manifestación de efectos jurídicos determinados por su realidad ontológico-jurídica.²³ El carácter de la intencionalidad diferencia a estos entes de otras realidades como las bestias y los objetos inanimados. Es claro que los objetos inanimados como una roca o una tabla están desprovistos de toda intencionalidad. Las bestias, si bien puede apreciarse cierto grado de voluntad en su conducta, no van más allá de la búsqueda de percepciones sensitivas. En cambio, las realidades ontológico-jurídicas, los sujetos de Derecho, tienen como motor de conducta el planteamiento de situaciones jurídicas porque su propia existencia así lo exige.

De la voluntad nace la facultad, poder o posibilidad otorgado por el ordenamiento. La concesión de esa facultad por parte del Derecho puede ser expresa o tácita. Será expresa cuando tenga su fundamento en una norma concreta que así lo disponga y tácita cuando encuentre su aceptación gracias a la aquiescencia de los otros sujetos o en virtud de la doctrina jurisprudencial.

21. Cfr. FROSINI: "Il soggetto del diritto come situazione giurídica", en *Rivista di Diritto Civile*, 1969, t. 1, p. 227 y ss. También voce: *soggetto del diritto*, en *Novissimo Digesto Italiano*, 1970, t. XVII, p. 813 y ss.

22. La constatación de ese interés humano debe advertirse en todos los sujetos de derecho: *hominum causa omne ius constitutum est*. FALZEA dice que en las normas reguladoras de la capacidad y la subjetividad debe constatarse siempre ese "riferimento all'uomo", de suerte que cuando hablamos de subjetividad y capacidad necesariamente hay que considerar al hombre como fundamento de tales conceptos jurídicos "e non altre norme e proposizioni -- esse pure perfettamente ipotizzabili in astratto e suscettibili di rigoroso studio formale -- che prescindano da ogni riferimento all'uomo ed all'attività umana". Cfr. FALZEA: *Op. cit.*, p. 240.

23. Intencionalidad fáctica que tiene causa en un actuar humano como trasfondo obligado.

Detrás de todos estos entes está la huella de la persona física.²⁴ Se trata de realidades no autónomas sino más bien dependientes de la persona. Sin la persona no existen. Podemos decir que la persona y su cualidad, la personalidad, constituyen los conceptos técnicos más elaborados dentro de la teoría de los sujetos de derecho. La personalidad irradia vigor conceptual de tal modo que deslumbra la propia categoría en que se encuadra, esto es, la subjetividad. Ahora que, si bien todas las personas están dotadas de subjetividad no toda realidad subjetiva tiene personalidad. La persona es el sujeto jurídico por excelencia. El desarrollo de su subjetividad ha sido enorme, y ello se debe esencialmente a su valor extrajurídico. La personalidad, en tanto cualidad de la persona, conforme expone Ramos Chaparro, “está determinada por el nacimiento, se erige en valor autónomo y tiene una realidad ética que se impone al derecho del Estado y que reclama su plasmación jurídica”.²⁵ Es decir, la persona, a juicio de la mayor parte de la doctrina, viene a ser una especie de *prius* lógico, realidad anterior al Derecho que debido a su dignidad intrínseca, porque la persona es la piedra angular del ordenamiento, limita al Derecho y le exige su defensa. Nadie pone en duda este sentir y el valor de su plasmación jurídica. Sin embargo, ello no implica desistimiento alguno en la elaboración de una Dogmática respetuosa de la persona, pero, al mismo tiempo, esclarecedora sobre la juridicidad de otros sujetos existentes para el Derecho. En definitiva, la subjetividad jurídica no puede encerrarse en la personalidad, porque así tendríamos, como de hecho pasa, una Dogmática cerrada en falso y, de ahí, la continua cuestionabilidad doctrinal.

Así pues, de la suma de los caracteres anteriores se constituyen realidades ontológicas merecedoras de atención jurídica. Es decir, sujetos de derecho.²⁶ Señalados los perfiles de la subjetividad estamos en condiciones de elaborar un concepto general sobre qué entendemos cuando nos referimos a dicha categoría. La subjetividad

24. Es decir, requieren en mayor o menor medida de la persona para completar su subjetividad jurídica, tanto en la vertiente estática (capacidad jurídica) como en la vertiente dinámica (capacidad de obrar) de la misma.

25. Cfr. RAMOS CHAPARRO: Op. cit., p. 102.

26. La tesis sobre la pluralidad de los sujetos jurídicos, que entiende la subjetividad como categoría dogmática conformada por personas (físicas o jurídicas) y entes jurídicos no personales, tesis en que se apoya este trabajo, ha sido severamente criticada por los defensores de una ortodoxa noción real sobre la persona. Particularmente, el profesor RAMOS CHAPARRO la califica como sofisticación de la construcción abstracta, impregnada de normativismo y formalismo y alejada de la realidad por su nominalismo. Por ello, afirma contundente: “está, pues, claro, para nosotros, que este tipo de construcciones nuevas, por continuar y agravar los rasgos generales del concepto jurídico recibido, son incompatibles para la superación de éste desde la óptica metodológica en que nos situamos” (la noción real). Cfr. Op. cit., p. 143. Ciertamente, la crítica es fundada porque admitiendo completamente esta reformulación dogmática sobre la subjetividad, la persona ya no se ve como ese *prius* anterior al derecho sino como concepto integrado dentro del supra-concepto de subjetividad, lleno de formalismo y nominalismo y tendente al positivismo normativista. Sin embargo, quizá la mejor réplica a esta crítica nos la ofrece GUASP. Frente a los defensores del personalismo, que erigen a la persona en concepto central del Derecho, esgrime la idea de individuo. La persona, nos dice GUASP, es un concepto forjado por el jurista, una máscara, un envoltorio que no descifra lo que guarda.

jurídica supone el reconocimiento por parte del Derecho de realidades ontológicas con posibilidad de actuación en la esfera jurídica. La diferencia entre subjetividad y capacidad radica en que mientras la capacidad es la aptitud genérica para provocar efectos jurídicos, la subjetividad implica el reconocimiento de un sujeto jurídico en sí mismo considerado, sin valorar su posibilidad de actuación. En suma, la capacidad es, como expone Falzea, categoría subordinada a la subjetividad,²⁷ no hay capacidad sin subjetividad previamente reconocida por el ordenamiento jurídico. De este modo, la subjetividad se constituye en fundamento de la capacidad, configurándose esta última como concepto que lleva a la idea de posibilidad, poder, o intervención en el plano jurídico.

Ahora bien, no todos los sujetos jurídicos tienen idéntica capacidad de derecho.²⁸ La capacidad de derecho al igual que la capacidad de obrar o de ejercicio puede ser graduable. No obstante, aún siendo graduable como cualidad de los sujetos reconocidos por el derecho, tiene un fondo común para todos: la capacidad implica en todo sujeto la idea de defensa, la posibilidad de velar por intereses propios. Esta idea de defensa, que nos lleva inmediatamente al campo de la capacidad para ser parte en el proceso, indica el mínimum común denominador del concepto de capacidad jurídica compartido por todos los sujetos de derecho. Con razón se ha escrito que la capacidad para ser parte del Derecho Procesal equivale a la capacidad jurídica del Derecho Civil. Y, ciertamente, es verdad. La posibilidad de acudir al proceso como medio de heterocomposición para defender intereses legítimos es manifestación esencial de la capacidad jurídica. Sin esta posibilidad de defensa genérica bien poco puede decirse del concepto de capacidad que quedaría como hueco y desprovisto de eficacia. Por

“Para el jurista, persona es el ente genéricamente apto para figurar como sujeto de derechos y obligaciones; pero como la idea de persona reposa sobre esta aptitud, forzosamente formal, aquella contemplación finalista que en el individuo se descubre, en la persona aparece celada por definición”. GUASP expone abiertamente la mayor flaqueza del personalismo jurídico, esto es, que “la persona es y ha sido siempre para el jurista una noción de evidente deshumanidad”. Los esclavos y las personas jurídicas ratifican esa afirmación. Por eso se llega a la lógica conclusión de fundamentar la idea de persona en la “mera convención técnica, todo lo imprescindible que se quiera, pero a mil leguas de aquella radical presencia sustantiva que proporciona la idea de la individualidad”. Cfr. GUASP. Op. cit., p. 4. Así pues, rechazando la llamada teoría realista o sustancialista de la persona, que es insuficiente tanto por el “abstracto” sustancialismo que predica como por la ausencia de explicación acerca de los sujetos jurídicos no personales, es más apropiado admitir la tesis de la pluralidad de sujetos, por mucho que descansa en una noción abstracta todo lo sofisticada que se quiera, corrigiendo el vicio nominalista que se le achaca mediante la integración en la tesis del concepto de individualidad. De este modo, no se renuncia a la integración dogmática de realidades susceptibles de aprehensión jurídica.

27. Cfr. FALZEA: Op. cit., p. 237.

28. Así, por ejemplo, el Ministerio Fiscal en el proceso civil tiene una capacidad limitada para ser parte en el ejercicio de determinado tipo de acciones y no tiene capacidad para ser demandado, pues esa posibilidad es en sí misma absurda. Lo mismo se puede decir para los grupos de consumidores y usuarios afectados por un hecho dañoso. Vid art. 6 LEC 1/2000, 7 de enero.

otro lado, la capacidad jurídica también se entiende como la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones. Es, en este sentido, donde desenvuelve sus consecuencias la idea de graduabilidad. Así, no es lo mismo la capacidad de las personas que la capacidad de entes no personales. La persona física tiene una plena capacidad jurídica, desde su realidad jurídica se puede contemplar por entero la potencialidad absoluta de la vertiente estática de la subjetividad. La persona física, siempre desde el plano potencial de la capacidad, tiene el abanico completo de posibilidades de intervención jurídica. Tiene la posibilidad de ejercitar una pluralidad de derechos, puede obligarse y desvincularse, provocar consecuencias jurídicas y responder de sus actos. La esfera completa de posibilidades a su alcance. En contraste con ella, es difícil admitir un posible derecho a la integridad física de la persona jurídica y, menos aún, defender la intimidad de la herencia yacente, por tratarse de derechos íntimamente vinculados a la persona. De ahí la idea de graduabilidad de la capacidad en función del sujeto que se trate. No obstante, entendida la graduabilidad sin menoscabo de la unidad común del concepto de capacidad entorno a la posibilidad de defensa de pretensiones garantizada a las partes en el proceso.

2.3. Sujetos de Derecho: ¿*numerus clausus* o *apertus*?

Perfilada la categoría de la subjetividad, surge la cuestión de quiénes son los sujetos de derecho, ¿Se trata de un *numerus clausus* o *apertus*?, ¿Cuántos son los tolerables?, ¿Puede ser infinito el número de sujetos jurídicos?, ¿Su existencia es por voluntad de la ley o por su propia naturaleza?, ¿Debe admitirse la existencia de un *prius* lógico anterior a la existencia del propio Derecho?

2.3.1. Valor metodológico del Derecho Natural

Son muchos los interrogantes que se abren al tratar de profundizar en explicaciones sobre la sinuosa categoría de la subjetividad jurídica y sus manifestaciones concretas: los sujetos de derecho. Avanzar por este camino implica una buena dirección metodológica que nos guíe, y esto no es sencillo. Cabe recordar en este punto las enseñanzas del profesor Hernández Gil sobre el *sincretismo* metódico y el valor metodológico del Derecho natural como dirección posible.²⁹ Teniendo presente esa enseñanza, la cuestión de los sujetos jurídicos conlleva para su clarificación una primera aproximación desde la sociología del Derecho. Con los datos ofrecidos por la experiencia debe procederse a la construcción dogmático conceptual y su posterior sistematización. Ahora bien, entre un paso y el otro, es decir, entre los hechos que muestran una relevancia jurídica y los conceptos dogmáticos opera como concepción dogmática integradora el *iusnaturalismo*.³⁰ Así, respecto de los sujetos, su número y fijación en el ordenamiento dependerán de lo que la razón natural pueda averiguar y reputar como válido. Las posibilidades en cuanto a un aumento del número actual

29. Cfr. HERNÁNDEZ GIL: Op. cit., pp. 373 y ss.

30. En este mismo sentido se pronuncia HERNÁNDEZ GIL. Cfr. Op. cit., p. 374 y 375.

de los sujetos de derecho están abiertas, siempre que respondan a las exigencias del racionalismo jurídico. Así, parece claro también que su disminución no depende del capricho del legislador. El normativismo legalista poco podrá hacer por lo que a los sujetos se refiere más que constatar su cristalización normativa. Si por exigencia de racionalidad un sujeto fue llevado a la norma, esa misma racionalidad constituye un límite que impide su desconocimiento por el Derecho. Conforme a esta tesis de racionalidad, también podemos aceptar la existencia de un sujeto jurídico prius lógico al Derecho y límite al mismo, es decir: el sujeto humano. En definitiva, la sociología jurídica y el método dogmático constructivo, unidos como instrumentos al servicio de una concepción iusnaturalista informadora, conforman una interesante dirección para comprender la subjetividad jurídica y sus proyecciones concretas.

2.4. Rechazo de la tesis sobre los derechos sin sujeto

Merece un aparte prestar atención a las tesis sobre los derechos sin sujeto o con sujeto transitoriamente indeterminado muy extendidas y aceptadas por la doctrina. De Castro critica la teoría de los derechos sin sujeto, surgida para explicar las situaciones de indeterminación del mismo, porque, frente a la interrogante abierta por las situaciones de ausencia, indeterminación o falta transitoria de sujeto, prefiere acudir -por ser más rigurosa- a la idea de situación de pendencia.³¹ Considera De Castro que así lo entendió la vieja doctrina donde ya estaba presente la idea de pendencia o suspenso de titularidad para explicar aquellas situaciones en las que el titular de bienes y derechos se hallaba transitoriamente indeterminado.³²

La tesis sobre la "pendencia de bienes y derechos" y su relación con el nasciturus parece tener amplia acogida por la doctrina española. Díez Picazo, comentando el artículo 29 del Código civil,³³ escribe que "el problema de la fundamentación teórica de la protección jurídica de los intereses del concebido y no nacido sólo puede resolverse partiendo de la idea general de que existen, efectivamente, casos en los que puede haber unos derechos sin sujeto".³⁴ Se habla de situaciones interinas caracterizadas por la brevedad temporal en cuanto a la próxima determinación definitiva de titular. Sin embargo, ante esta postura crítica Ennccerus que no hay derecho sin titular porque ambos conceptos están indisolublemente unidos.³⁵ Ciertamente las ideas de derecho sin sujeto o sujeto transitoriamente indeterminado encuentran un difícil acomodo

31. Dice DE CASTRO: "la terminología de los derechos sin sujeto no es recomendable para las situaciones de indeterminación o falta transitoria de sujeto; pero con ella se ha abierto camino a otra más exacta: la de situación de pendencia". Cfr. Derecho Civil de España, Parte General, Madrid, 1955, p. 118.

32. DE CASTRO se refiere al caso del concebido no nacido como ejemplo paradigmático de esta situación de pendencia. Cfr. Op. cit., p. 121.

33. En Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, tomo 1: artículos 1 a 41, EDERSA, p. 807.

34. Vid. DÍEZ PICAZO: Comentarios..., p. 812.

35. Cfr. ENNECCERUS: Tratado de Derecho Civil..., p. 325, vol. I-1. Por otro lado, hablar de derechos sin sujeto o derechos con titular transitoriamente indeterminado supone aceptar ya sea deliberada o inconscientemente el formalismo kelseniano, donde el sujeto no es el portador ni el destinatario de la norma, cayéndose en un peligroso normativismo.

dogmático porque la ciencia del Derecho durante la transitoriedad temporal que media entre la extinción del causante y el alumbramiento del concebido renuncia a la determinación del titular que estaría como flotando en no se sabe bien qué limbo para, después, hacernos creer, si el nasciturus es alumbrado felizmente conforme al artículo 30 del Código civil, que la adquisición de titularidad se produjo en el momento de la concepción. Demasiados envites a la vez para la resistencia del pobre edificio dogmático cuya ruina amenaza desplome y requiere pronta interdicción. Parece más acertado admitir, como lo hace Deschenaux interpretando la protección brindada al concebido en el Código civil suizo, que el nasciturus goza desde su génesis de una personalidad condicionada al nacimiento.³⁶ La naturaleza de la condición es resolutoria. Resulta más apropiada esta tesis porque con la condición resolutoria hay una protección inmediata que cesa tan sólo si el nasciturus no llega a nacer. Esto es muy interesante porque supone la eliminación de la tesis de la retroactividad de efectos de la personalidad al concebido,³⁷ que ha sido una elaboración artificiosa de la doctrina para procurar la protección del no nacido. Surge así una personalidad imperfecta o condicionada al nacimiento, pero no por ello desprovista de capacidad jurídica. La idea de personalidad imperfecta, planteada, entre otros, por Deschenaux, permite comprender mejor la tesis sostenida a lo largo de todo el capítulo, que plantea el tránsito conceptual de la subjetividad genérica a la personalidad obrado en el concebido. Lo más característico del nasciturus en cuanto sujeto de derecho es precisamente la idea de transitoriedad consustancial a su estructura subjetiva. Por ello, es importante clarificar el tema de la subjetividad del concebido porque constituye un planteamiento mucho más fiel a la protección histórica y acorde a la armonía dogmática.

36. Se discute en el Derecho suizo cuál es la naturaleza de la condición que opera sobre la protección jurídica al concebido: bien condición suspensiva hasta que se produzca el efectivo nacimiento, o bien condición resolutoria de derechos de no producirse el nacimiento. La discusión en esta materia hace que la doctrina suiza sea favorable a inclinarse por la condición resolutoria; es decir, la personalidad condicionada del concebido cesa si el mismo no nace efectivamente. Para DESCHENAUX está claro: "l'art 31 al. 2. Reconnaît à l'enfant conçu la jouissance conditionnelle des droits civils". Cfr *Personnes Physiques et tutelle*, Berna, 1986, deuxième édition, p. 117. Por ello, concluye diciendo: "l'enfant conçu est titulaire de véritables droits, non seulement d'expectatives. On admet également que le nasciturus peut avoir des obligations, dans la mesure toutefois où celles-ci sont la contrepartie d'un avantage". Cfr. *Ibidem*, p. 118.

3. El nasciturus entre la subjetividad y la personalidad

Rechazada por manifiesta insuficiencia teórica la tesis de los derechos sin sujeto, no cabe ahora otra cosa sino preguntarnos qué es el nasciturus para el Derecho. Un primer acercamiento a la figura apoyado en la filología latina sirve ya para ofrecer indicios configuradores del posterior concepto jurídico. La palabra nasciturus es en latín participio de futuro del verbo nascor. El castellano ha perdido el participio de futuro y de ahí la dificultad para su correcta comprensión. Se forma del tema de supino más el sufijo -urus, que indica inminencia, destino. La palabra tiende a la sustantivización en latín y en nuestros días adquiere la función propia del sustantivo, siendo más correcto entenderla como sustantivo de discurso con carácter permanente. Su traducción más acertada sería “el que va a nacer” o “el destinado a nacer”. Indica la próxima aparición entre los hombres de una realidad aún no materializada y que, sin embargo, se intuye existente

El jurista romano no alberga dudas sobre la subjetividad del nasciturus. Recordemos el sentido de la protección que arranca en el remoto Derecho quirritario. Así pues, es en el ámbito genérico de la subjetividad, que no en la personalidad, donde experimenta un desarrollo natural el concepto jurídico nasciturus. El concebido participa de las características comunes de la subjetividad jurídica y, además, tiene una acusada tendencia a participar de las específicas de la personalidad. No obstante, la posibilidad de devenir finalmente persona, siendo el rasgo más caracterizador de esta figura, no es el único, idea esta que conviene no olvidar.

Clemente de Diego escribe: “la doctrina más difundida ve en el concebido una spes prolis, una esperanza de hombre”.³⁷ Esta idea que entiende la protección al concebido basada en la esperanza de futura personalidad es acogida también por la mayor parte de la doctrina civil. Años antes, decía Manresa que “desde el momento de la concepción hay un germen de personalidad humana, existe un ser en embrión,

37. Lo que hay es una serie de derechos sometidos a condición resolutoria en caso de no nacer el concebido. Derechos derivados de la especial capacidad jurídica del concebido atribuida en función de su subjetividad, que no personalidad. La diferencia de matiz es importante porque permite el ejercicio de derechos al nasciturus encaminado a la mejor protección de sus intereses, si bien sometido a condición resolutoria. La tesis contraria, aquélla que habla de retroacción de personalidad y derechos sometidos a condición suspensiva, supone una declaración formal de protección al nasciturus, pero impedida de efectivo desarrollo durante el tiempo de la concepción, porque el sometimiento a condición suspensiva es un serio revés a la tutela inmediata de los intereses del concebido, que se perciben objetivamente aún en el caso de negar su subjetividad jurídica mientras no sea persona. En palabras de FALZEA: “Ma l’attualità della tutela di interessi non è logicamente condizionata alla esistenza attuale di un soggetto giuridico e quindi di una capacità giuridica. La tutela è imposta dal fatto che gli interessi sono già oggettivamente determinati ed attendono da eventi futuri unicamente la determinazione del loro portatore”. Cfr. FALZEA: Op. cit., vid. nota 123, p. 297.

38. Cfr. DE DIEGO: Instituciones de Derecho Civil español, Madrid, 1929, p. 167.

que el derecho no puede desatender en manera alguna”.³⁹ En idéntico razonamiento, De Castro señala que la protección al concebido se justifica en la esperanza de personalidad.⁴⁰ Profundizando en esta dirección, Alonso Pérez, constatando los avances de la ciencia médica, observa que “el concebido es persona *in fieri*, es un devenir ininterrumpido desde su génesis hasta su muerte, en cuya trayectoria vital todos los momentos son engranajes imprescindibles de la personalidad”.⁴¹ En definitiva, todos estos autores justifican la protección al concebido acudiendo a la tesis de la persona en formación, la cual goza de amplia aceptación en la doctrina. No veo inconveniente alguno en aceptar este pensamiento, pues se presenta lleno de racionalidad. Ahora bien, requiere como complemento adecuado el auxilio técnico de la categoría “subjetividad”. El concebido no debe entenderse sólo como persona *in fieri* sino más bien como realidad subjetiva merecedora de atención *per se*, por aquello que ya es y no exclusivamente por aquello que terminará siendo. El giro conceptual hacia esta perspectiva contribuye notablemente a un mejor entendimiento de la figura jurídica.

Si sólo vemos al concebido como persona en formación o *spes hominis* inconsciente o deliberadamente el razonamiento del jurista reflexiona sobre la categoría de la personalidad. Así, de lo que se trata, entonces, no es ya de saber qué es el nasciturus sino de establecer un puente de unión entre él mismo y la persona, que es realidad dogmática segura porque tiene bien marcado el comienzo y la extinción de efectos jurídicos. Ahora bien, el puente así construido es endeble y su debilidad radica en la falta de un concepto jurídico propio que explique qué es el nasciturus. Siguiendo con la imagen del puente conceptual, sabemos que termina en la categoría de personalidad, pero ¿y el comienzo? El comienzo está en la categoría de la subjetividad. Así, gracias a la socorrida imagen del puente entre conceptos jurídicos tenemos los elementos necesarios para saber qué es el nasciturus: un sujeto jurídico a caballo entre la subjetividad y la personalidad. La situación de tránsito entre categorías jurídicas revela su singular posición dentro de la teoría de los sujetos de derecho. Ciertamente, de todos los sujetos no personales es el que con mayor grado participa de rasgos propios de la persona, porque en el concebido germina su esencia.

3.1. El fundamento de la subjetividad en la vieja Teoría de los estados de la persona

La peculiar situación del nasciturus como sujeto de derecho, que lo convierte en híbrido a medio camino entre la subjetividad y la personalidad, encuentra su fundamento histórico en la vieja teoría de los estados de la persona. Los últimos

39. Cfr. MANRESA y NAVARRO, José María: Comentarios al Código Civil español, tomo I, Madrid, 1903, p. 184.

40. Vid. DE CASTRO: Derecho Civil de España, Parte General, t. 1, Madrid, 1955, p. 117.

41. Cfr. ALONSO PÉREZ, “Reflexiones sobre el concepto y el valor de la persona humana”, en Anuario Derecho Civil, 1983, núm. 36, pp. 1125 y 1126.

resabios de la teoría de los estados, entendida al modo clásico como posición, situación jurídica de la persona en relación a la comunidad, los encontramos en la protección jurídica al nasciturus. El tratamiento que el ordenamiento jurídico recoge sobre el concebido responde a la idea de "status" como determinante de la capacidad jurídica.

En las Instituciones de Derecho Civil de Castilla, enseña Joran de Asso que "la persona es el hombre considerado en su estado" y que por "estado" se entiende la "condición o la manera en que los hombres viven o están, L. I, tít. 23, P. 4. La variedad de condiciones proviene o de la naturaleza, o de la voluntad de los mismos hombres; y por esto el estado de los hombres es natural y civil. Según el estado natural, los hombres en primer lugar o están por nacer o ya actualmente nacidos".⁴² García Goyena explicaba en el Febrero que "el estado de los hombres es una condición o cualidad, según la que son diversos los derechos que les corresponden".⁴³ Conforme a esta línea teórica, Domingo de Morató establecía, tan sólo veinte años antes de la aparición del Código presidido por un espíritu bien distinto, que por hombre se entiende "un ser compuesto de cuerpo y alma racional", mientras que persona "es el hombre considerado en un estado social. Así, los siervos en nuestras antiguas leyes carecían de estado social y por consiguiente de personalidad".⁴⁴ En definitiva, la doctrina que disocia las nociones de hombre y persona nutre casi hasta los albores de la codificación civil la teoría de los estados, la cual, asentada claramente sobre el principio general de desigualdad humana, marca tajante distinción conceptual de los términos "hombre" y "persona". El concepto de status responde a una concepción del hombre en comunidad fraguada en el mundo antiguo. De Cossio escribe que "la personalidad no es, para los juristas romanos, un recipiente apto para recibir toda clase de derechos, sino la consecuencia de los diversos estados en que el hombre puede encontrarse frente a sus semejantes. No es la humanidad, sino la posición dentro del grupo social, la que determina los derechos de cada uno".⁴⁵

Aristóteles, por su parte, ve al hombre como parte de la naturaleza y constata que en la misma se dan situaciones de desigualdad de las que no se sustrae el ser humano.⁴⁶ Así, podemos afirmar que desde la Política de Aristóteles hasta la ruptura del Antiguo Régimen se plantea como principio general del Derecho la natural desigualdad de los hombres y, por ello, continúa De Cossio "todo hombre tenía en Roma un status, incluso el esclavo, porque el estado no indica una posición

42. JORDAN DE ASSO, *Instituciones de Derecho Civil de Castilla*, 1786, p. 1.

43. Cfr. GARCÍA GOYENA, Florencio, *Febrero*, o *Librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo 1, 1841, p. 5.

44. Cfr. DOMINGO DE MORATÓ, *El Derecho Civil español con las correspondencias del Romano*, t. 1, 1868, p. 48.

45. Cfr. DE COSSÍO, "El moderno concepto de personalidad y la teoría de los "estados" en el Derecho civil actual", en *Revista de Derecho Privado (RDP)*, núm. 309, 1942, p. 751.

46. Vid. DE COSSÍO: *Op. cit.*, p. 751.

elevada sino simplemente una posición".⁴⁷ Conforme a esta teoría, el Derecho según Pastor y Alvira determina la posición que cada cual ocupa, posición que conlleva una capacidad jurídica específica y diferenciada en cada estado, pero graduable atendiendo a las circunstancias que den lugar al tránsito entre estados.⁴⁸ Dentro del estado natural, es decir, aquél que proviene de la propia naturaleza, nos dice Ortiz de Zúñiga que las personas pueden considerarse "como ya nacidas, como concebidas solo y existentes en el vientre materno, como varones y hembras y como mayores o menores de edad".⁴⁹

Sin embargo, tras el asentamiento del liberalismo como sistema político se pasa de la natural desigualdad de los hombres a la proclamación de la igualdad formal y, así, escribe De Cossío, "la teoría de los estados, reducida a mera categoría escolástica, puede decirse que ha perdido su antigua importancia".⁵⁰ El hombre en sí mismo considerado y no en referencia a la comunidad es persona.

Dicho esto, hay que matizar que a pesar de la crisis en que se encuentra la teoría de los estados en el Derecho Civil actual, ello no es óbice para constatar la vigencia residual, casi fosilizada, de antiguos estados que aún hoy siguen respondiendo a su sentido tradicional. Dentro de los estados naturales sobreviven "la menor edad", "la mayor edad", "el nacimiento" y "la concepción",⁵¹ los cuales responden plenamente a su significado clásico. Más aun, respecto del estado de concepción, podemos decir que constituye el último exponente del caduco principio que sanciona la desigualdad natural de los hombres; porque no hay duda, a tenor de lo dicho por el artículo 29 del Código civil, que la concepción supone un estado, una posición del hombre por nacer diferenciada claramente de aquella que ocupa el ya nacido. La distinción entre ambos estados se encuentra en la diversa naturaleza que tienen los derechos subjetivos dependiendo de su ajuste a uno u otro estado. Así, mientras que los derechos del nacido producen plenos efectos jurídicos, aquéllos que tiene el meramente concebido reciben el calificativo de eventuales; permanecen en una especie de incertidumbre

47. Vid. *Ibidem*, p. 751.

48. Cfr. PASTOR y ALVIRA, *Historia y elementos de Derecho Romano*, Parte 3ª, t. 1, Madrid, 1881, p. 28.

49. Cfr. ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel, *Biblioteca de escribanos o Tratado General Teórico Práctico*, t. 1, Madrid, 1841, p. 42 y 43.

50. Cfr. DE COSSÍO: *El moderno concepto de la personalidad y la teoría de los "estados" en el Derecho Civil actual (conclusión)*, RDP, núm. 310, 1943, p. 11.

51. Este último aparece reflejado en el art. 29 del CC como contraposición al nacimiento. Ni la doctrina ni el Código hablan del nacimiento o de la concepción entendiéndolos como estados civiles, pero la acogida de ambos términos responde, sin duda, a su vieja acepción como estado, es decir, como posición del individuo o, dicho en terminología clásica, la "condición o la manera en que los hombres viven o están".

de suerte que hasta no verificada la condición de nacimiento no gozan de la firmeza propia de los derechos del nacido, es decir, de la persona plenamente determinada.⁵² Esto en cuanto a la esfera patrimonial.

Desde el ámbito extrapatrimonial, la cuestión de marcar la diferencia entre estados es más compleja porque no hay motivo jurídico que lleve a pensar en la ausencia del principio *neminem laedere* que gravita por igual sobre ambos "modos de estar", y genera un deber de abstención de toda conducta lesiva frente a otro. Ahora bien, de lo que no cabe duda es del enorme desarrollo del principio *neminem laedere* o deber general de respeto en el ámbito personal con los llamados derechos de la personalidad. Díez Picazo y Gullón los califican como derechos absolutos con eficacia *erga omnes* que "generan en todos los demás un deber general de respeto de la persona y de sus atributos".⁵³ De estos derechos de la personalidad tanto nacidos como no nacidos participan, si bien con distinta intensidad en su protección, de los derechos a la vida y a la integridad física, cuestión que se ha reconocido tanto normativa como jurisprudencialmente.⁵⁴ Otros derechos de la personalidad, o sea, el derecho a la libertad personal, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen o el derecho al nombre encuentran su natural ubicación en el estado del nacimiento, marcando así la diferencia entre ambos estados naturales en lo relativo al ámbito extrapatrimonial.

De lo expuesto hasta aquí podemos trazar las líneas maestras de lo que sería el estado, entendido en su genuina acepción clásica, de los "hombres por nacer". Y conviene tener presente el razonamiento en torno a la vieja teoría de los estados porque como intuyen Dogliotti y Figone actualmente parece gestarse una vuelta a la misma.⁵⁵ Los autores razonan sobre la crisis que atraviesa el concepto de capacidad/personalidad y su pérdida actual de importancia frente a la mayor atención que despiertan ahora otros campos como el de la responsabilidad civil. Como indicio de un posible renacimiento de los estados señalan que la capacidad surgió como emblema del individualismo defendido desde la óptica codificadora liberal; sin embargo, la teoría de los estados responde y se adecua más a las exigencias de una vida eminentemente comunitaria en la que la comunidad era fuente de derechos

52. Muy bien expresa esta diferencia entre uno y otro estado ORTIZ DE ZUÑIGA que sobre las criaturas póstumas dice: "cuando se trata de su bien o utilidad son reputadas como si ya hubiesen nacido las que verdaderamente no existen, pero cuyo feto se halla en el seno materno; gozan de los mismos privilegios y prerrogativas que los menores de edad... Más para que no se abuse de tan amplios privilegios dándoles un inmerecido ensanche, es preciso que en el nacimiento del póstumo concurren varios indispensables requisitos". Es decir, la diferencia entre una y otra posición es que los derechos adquiridos durante la concepción a título condicional se consolidan tras el nacimiento. Vid. ORTIZ DE ZUÑIGA, *op. cit.*, p. 42 y 43.

53. Cfr. DíEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 1997, p. 326.

54. El Código penal castiga el homicidio y las lesiones, cometidos contra las personas, y el aborto y las lesiones al feto.

55. Cfr. DOGLIOTTI y FIGONE, *Op. cit.*, p. 20.

y obligaciones y a la que el individuo pertenecía y en la que tenía una posición. ¿El mundo actual, caracterizado por la creciente interdependencia, refuerza la idea de vuelta a los estados? Tal planteamiento es interesante, no cabe duda, respecto al concebido, del mantenimiento de su estado natural, en tanto que sujeto diferenciado de la persona, pero partícipe junto a ésta de rasgos comunes de subjetividad. En este sentido, es donde podemos apreciar cierta pervivencia natural de la teoría de los estados, entendida en su genuina explicación como posición o modo de estar del hombre. De todas formas, el vigor jurídico de esta teoría de los estados queda muy limitado una vez analizada la idea de subjetividad y siendo conscientes de la potencialidad teórica que ésta puede desarrollar, amén de aceptar su mayor prestigio científico porque supone una categoría jurídico técnica más acabada en lo que a la dogmática afecta.

3.2. La capacidad del concebido. Misma capacidad jurídica que el resto de los sujetos incluidas las personas

Es momento ahora de proseguir el estudio relacionando al concebido con otra gran categoría jurídica, a saber: la capacidad. ¿Tiene capacidad jurídica el nasciturus? Frente a la tesis defendida por Ruggiero, que considera la capacidad jurídica como categoría susceptible de limitación en cuanto a extensión o identidad dependiendo del sujeto,⁵⁶ se admite ampliamente por la doctrina que las notas características de la capacidad jurídica son su invariabilidad y uniformidad. Igualmente, indica Ramos Chaparro, la capacidad jurídica, entendida como cualidad de la subjetividad pasiva, “pone de manifiesto el mensaje igualitario y el contenido ético que esta categoría introduce en el régimen jurídico de la personalidad, erigiéndose como en una suerte de antídoto o vacuna contra toda posible discriminación ad inicio en la función general del sujeto jurídico, basada en el carácter social de la persona”.⁵⁷ Ciertamente, esto es verdad. Nada que objetar a esta concepción de la capacidad siempre que sea referida a la persona, pero es que la capacidad no se agota en la persona. De la existencia de una pluralidad de manifestaciones subjetivas se infiere la idea de una capacidad jurídica ajustada a la naturaleza de cada sujeto. Por eso, porque la subjetividad condiciona la capacidad dependiendo del sujeto jurídico, las notas de uniformidad e invariabilidad son ciertas en la medida que se trata de sujetos de la misma especie, pero no pueden predicarse a priori como características definitorias de la capacidad jurídica con independencia de las diversas manifestaciones subjetivas a las que necesariamente ha de ajustarse. Ahora bien, de acuerdo a las tesis hasta el momento desarrolladas sobre la subjetividad, esa idea de igualdad, que caracteriza la capacidad jurídica de las personas, también es predicable de las entidades no

56. Cfr. DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, volumen I, Madrid, 1929, p. 339.

57. Cfr. RAMOS: *Op. cit.*, p. 265.

personales susceptibles de ser sujetos de derecho; y se traduce, para todos, en la capacidad para ser parte, en la posibilidad de acudir al proceso como medio de resolución de las controversias generadas en la vida jurídica.⁵⁸

¿Qué entendemos cuando hablamos de capacidad jurídica? Comúnmente, se admite que la capacidad jurídica es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones. Sin embargo, el profesor Falzea advierte de las dificultades en el estudio de esta categoría debidas a la pluralidad de significados que evoca el término capacidad.⁵⁹ De esta variedad, continúa diciendo, puede extraerse una noción común que expresa la idea de continencia, de cantidad. De este modo, se hace inevitable pensar en una graduación de la capacidad, cuestión que, como alerta Falzea, supone un grave error teórico.⁶⁰ Así, señala el profesor italiano, la idea de una capacidad jurídica graduable nos lleva a una concepción atomística de la subjetividad. Esta concepción, que atendiendo a la diversidad de sujetos jurídicos fragmenta la idea de una capacidad jurídica general, se funda en un criterio lógico de estricto subjetivismo, desprovisto de toda objetividad y que merma la atención que la propia categoría subjetividad debería gozar.

La subjetividad, como entiende Falzea, debe estudiarse per se y no en función de sus particulares manifestaciones.⁶¹ La capacidad jurídica y la subjetividad hacen referencia a una cualidad abstracta del sujeto, cualidad dada a priori y esencialmente potencial que expresa la idoneidad del sujeto para ser destinatario y difusor de efectos jurídicos. Falzea dice que la capacidad jurídica, al igual que la subjetividad, constituye una cualidad intrínseca del sujeto.⁶² Ahora bien, a este razonamiento debemos añadir que mientras la subjetividad hace referencia a la realidad ontológica del sujeto y, por ello, es cualidad metajurídica de difícil aprehensión por el ordenamiento, la capacidad tiene un contorno jurídico más nítido, menos difuso, y encaja mejor con la idea de potencial receptividad y difusoriedad de efectos jurídicos. Entendiendo de tal modo la capacidad no hay lugar a la concepción atomística de la misma.⁶³ Y,

58. Quizá la capacidad para ser parte, la posibilidad de acudir al proceso en defensa de los intereses, sea la nota más apreciable en todos los sujetos de derecho de esa proclamada uniformidad y mensaje igualitario que entraña la idea de capacidad jurídica.

59. Vid. FALZEA: Op. cit., 235.

60. Ibid., p. 236.

61. FALZEA expresa este razonamiento diciendo: "la concezione atomistica della soggettività ha il torto di confondere, o di non discriminare sufficientemente, i caratteri contingenti di un ordinamento ancora in formazione o addirittura allo stato embrionale e principi di stretta logica giuridica, e di fare assurgere alla dignità di nozioni teoriche generali soluzioni strettamente condizionate a fenomeni di significato tutt'altro che esemplare". Op. cit., p. 239.

62. Ibidem, p. 237.

63. La capacidad jurídica, en tanto expresión de potencial receptividad y difusoriedad de efectos jurídicos, es uniforme e igual para todos los sujetos. Ahora bien, los sujetos reconocidos por el ordenamiento son diferentes. La diferencia tiene origen en su propia configuración óptica. Así, la propia subjetividad determina un mayor o menor abanico de situaciones jurídicas de las que los sujetos pueden

sin embargo, esa idea de graduabilidad no debe rechazarse pues tiene su desarrollo más palpable en la vertiente activa de la subjetividad, o sea, la capacidad de obrar. Conviene recordar que en la teoría de la subjetividad jurídica desarrollada hasta el momento, capacidad jurídica y capacidad de obrar constituyen las vertientes pasiva y activa de la subjetividad. Son, pues, manifestaciones concretas de una misma categoría. Siendo así, y advertida la unidad de la capacidad jurídica, apreciamos, sin embargo, variable la intensidad de la subjetividad atendiendo a la diversidad de sujetos existentes. De este modo, en función de la naturaleza de cada sujeto, las posibilidades de obrar en la vida jurídica son distintas. Así, para la ciencia del Derecho no es lo mismo la persona física, la persona jurídica y las entidades sin personalidad. De la radical distinción naturalmente originada en cuanto a su ontología derivan sus diferentes márgenes de actuación en la vida jurídica, sin menoscabo de afirmar una idéntica capacidad jurídica, en el sentido de potencialidad para ser destinatario o generador de efectos jurídicos. En definitiva, en cuanto a la idea de graduabilidad, no es la capacidad sino la subjetividad sede adecuada a tal concepto. En función de cada sujeto, las posibilidades de intervención en la vida jurídica serán más o menos amplias dependiendo de su configuración óptica. De este modo, parece claro que la persona física se encuentra en la cúspide de los sujetos de Derecho, constituyendo la manifestación más completa de la subjetividad gracias al concepto de personalidad. Después, en un plano inmediatamente inferior, las personas jurídicas, también partícipes de personalidad, pero no en la misma intensidad que las físicas. Por último, en el esquema de los sujetos de derecho, tenemos las entidades no personales, las cuales, como dice Espinoza rompen la tradicional unidad conceptual subjetividad/personalidad,⁶⁴ que dogmáticamente muestra su insuficiencia porque no explica válidamente aquello que estas entidades son, ofreciendo su existencia jurídica la prueba más palpable de esa ruptura terminológica y de la necesidad de dotar a la subjetividad de un ámbito conceptual propio.

Llegados a este punto, estamos en condiciones de responder a la pregunta inicial sobre la capacidad del nasciturus. El concebido no nacido, como el resto de los sujetos jurídicos, tiene plena capacidad jurídica. No puede sostenerse la tesis de la capacidad jurídica relativa, defendida, entre otros, por Aramburo.⁶⁵ Si partimos, como sostiene Ramos,⁶⁶ de un concepto de capacidad basado en el carácter uniforme,

.....
 formar parte. Es decir, la subjetividad determina la capacidad jurídica, hablar de capacidad es hablar de aptitud potencial del sujeto, una aptitud que se concreta teniendo presente la naturaleza específica de cada sujeto.

64. ESPINOZA: La capacidad civil de las personas naturales, tutela jurídica de los sujetos débiles, Lima, 1998, p. 129.

65. Vid. ARAMBURO, *Estudio de las causas que determinan, modifican y extinguen la capacidad civil*, Madrid, 1894, p. 57. ARAMBURO habla de capacidad relativa en el concebido, en el sentido de ser tan sólo capaz para adquirir derechos, pero no para sufrir perjuicios o adversidades. Este planteamiento es muy difícil de conjugar con la idea de igualdad que entraña la categoría de la capacidad y admitida por la mayor parte de la doctrina.

66. RAMOS CHAPARRO: *Op. cit.*, p. 272.

constante e igual de la misma sólo podemos admitir dos soluciones satisfactorias para la resolución del problema sobre la capacidad del concebido: bien afirmar su existencia o bien rechazarla absolutamente. Ante esto, de nuevo cobra importancia el enfoque teórico previo sobre los sujetos de derecho. Así, desde una concepción realista y antropológica, la capacidad se verá como sinónimo de personalidad y, hasta tal punto de identificación, que será difícil ver capacidad en realidades no personales.⁶⁷ Frente a este planteamiento, en palabras de Espinoza, la crítica fundamental de esta teoría consiste en que “se justifica en un contexto donde existe identidad entre los conceptos de subjetividad y personalidad, pero frente a los sujetos de derecho que no son personas (concebido, organizaciones de personas no inscritas) ésta deviene insuficiente”.⁶⁸ Parece claro que desde la estricta óptica realista y antropológica de la subjetividad jurídica el problema dogmático sobre los sujetos no personales permanece abierto y sin resolver.

Sin embargo, partiendo de una concepción donde subjetividad y personalidad no son sinónimas, donde la subjetividad cobra verdadera relevancia, el resultado dogmático es más riguroso. Desde esta perspectiva, continúan siendo predicables las notas de uniformidad, generalidad e igualdad de la capacidad jurídica, la cual, como bien señala Falzea, se adquiere cuando surge el sujeto y lo acompaña en todo el devenir de su existencia; es una categoría que nace con la subjetividad y muere con ella.⁶⁹ Será la subjetividad, que no la capacidad, la categoría que dé la clave para entender las diferencias entre la persona humana y los otros sujetos jurídicos. En tal sentido, escribe Ramos Chaparro que “únicamente la cualidad humana de ser “sujeto jurídico” permite la abstracta imputación de “todos” los efectos posibles, mientras que la cualidad formal de los demás “sujetos no humanos” o “personas jurídicas” sólo permite tal imputación en un ámbito previamente delimitado de relaciones, titularidades y situaciones”.⁷⁰

De este modo, volviendo al concebido, si compartimos con Falzea la idea de una capacidad jurídica abstracta sin relación con actos y efectos concretos, no hay problema en cuanto a la admisión de la capacidad jurídica del nasciturus. Será su propia naturaleza como sujeto jurídico la que determine y condicione el campo de relaciones, titularidades y situaciones en que se vea inmerso. En definitiva, subjetividad coincidente en muchos aspectos con la de la persona humana, si bien más reducida y que, desde luego, no permite la abstracta imputación de “todos” los efectos posibles

67. Respecto a la atribución de capacidad al concebido, el profesor RAMOS CHAPARRO llega a afirmar que “la situación subjetiva del nasciturus está determinada por la ley (en cuanto a su extensión y a sus requisitos) y, precisamente por ello, no puede llamarse con propiedad capacidad jurídica, ... querer denominar a esta posibilidad capacidad jurídica parcial, atendiendo exclusivamente a su origen natural, supone desconocer el carácter esencialmente general e invariable de la verdadera capacidad jurídica determinada por el nacimiento”. *Ibid.*, p. 273.

68. *Vid.* ESPINOZA: *Op. cit.*, p. 23.

69. *Cfr.* FALZEA: *Op. cit.*, p. 270.

70. *Vid.* RAMOS CHAPARRO: *Op. cit.*, p. 271.

que aquélla exige. A propósito de esta cuestión, Falzea apunta que Wolf, en su obra *Anfang und Ende der Rechtsfähigkeit des Menschen*, admite la subjetividad jurídica de los concebidos y los entes no personificados, siendo uno de los primeros que emprendió esta dirección.⁷¹

Toda esta argumentación sobre la subjetividad y la capacidad, imbuida de un fuerte carácter dogmático, ha trascendido la discusión doctrinal, encontrando recepción en el terreno normativo. Así lo manifiesta la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 6, que supera la trasnochada división de sujetos entre personas físicas y jurídicas, dando entrada a realidades que no eran ajenas a la jurisprudencia desde hacía bastante tiempo, pero que, al fin, encuentran conveniente reflejo normativo.

3.3. Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional español de 11 de abril de 1985 sobre despenalización parcial del delito de aborto

Estudiados los problemas dogmáticos fundamentales sobre la subjetividad y capacidad del concebido, es inevitable para todo aquel que se acerque a este peculiar sujeto de derecho detenerse, al menos someramente, en la jurisprudencia constitucional y hacer una breve reflexión sobre la polémica sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 (en adelante, STC). Por mucho que el presente estudio se enfoque preferentemente desde una perspectiva procesal civil no puede, ni quiere cercenar una visión más general del tema, porque siendo la problemática del concebido un tema multidisciplinar, la ciencia del Derecho, si quiere ser tal y no mera acumulación de comentarios exegéticos a normas aisladas, debe esforzarse por dar una respuesta unitaria. Por ello, no puede desconocer el tratamiento dado al problema desde los sectores penal y constitucional del ordenamiento, pero, eso sí, sin perder la idea de Derecho civil como Derecho común. De este modo, valgan unas breves palabras a propósito de la STC de 11 de abril de 1985, dictada para resolver el recurso de inconstitucionalidad nº 800/1983, interpuesto contra el proyecto de Ley Orgánica de despenalización parcial del aborto. La sentencia ha sido objeto de fuertes críticas doctrinales. Se ha dicho que en la misma el Tribunal Constitucional excedió sus funciones jurisdiccionales entrometiéndose en las propias del legislador y que incurre en contradicciones flagrantes. No obstante, lo cierto es que a partir de entonces quiebra el sistema de protección que el ordenamiento jurídico dispensaba al concebido, derrumbándose casi por completo el tradicional amparo que este sujeto tenía en sede penal. Sin entrar en consideraciones penales y desde una perspectiva general del ordenamiento jurídico, apreciamos en el conjunto de la doctrina española la idea común de entender a partir de entonces la protección al concebido como una cuestión problemática, pero anecdótica, materia jurídica residual albergada en el Código Civil y reducida a supuestos estrictamente patrimoniales. Parece admitido por todos que negada la protección penal al concebido, cuando concurren los supuestos

71. Cfr. FALZEA: *Op. cit.*, p. 297 (nota 123).

de justificación previstos,⁷² sólo queda la protección patrimonial del derecho privado. Sin embargo, frente a tal opinión, cuanto menos puede decirse que el Derecho civil permite abrir un margen más amplio que el meramente patrimonial en tanto que es Derecho común. El descalabro del Derecho penal no significa que hayan desaparecido también todas las posibilidades de protección en el ámbito extrapatrimonial.

La sentencia plantea la constitucionalidad de los supuestos de despenalización esgrimiendo el argumento del conflicto de intereses entre la vida del nasciturus, interés protegido por el ordenamiento, y la vida, "dignidad" o "salud" de la embarazada, intereses que encuentran amparo en la Constitución.⁷³ Ante esto, decir sólo que nada más desafortunado para la conveniente argumentación constitucional que plantear la resolución del problema en sede penal en términos de valorar el interés preponderante al modo de Heck y la Escuela de Tubinga. Nada más desafortunado porque cuando los intereses no son equivalentes no admiten parangón, siendo tal el caso, salvo el conflicto entre la vida de la madre y la vida del concebido. La debilidad de esta argumentación manifestada por el Tribunal Constitucional ha sido objeto de crítica por buena parte de la doctrina, valgan por todas las palabras de Calvo Meijide: "no se puede afirmar, conforme lo hace el Tribunal Constitucional, que en el conflicto entre la vida del nasciturus y la salud de la madre puede prevalecer ésta sobre aquélla, porque ello supone una grave inversión de valores: primero es el derecho a la vida, sin el cual no se puede hablar de derecho a la salud."⁷⁴ Sin embargo, y desde el estricto punto de vista jurídico, no hay razón para pensar que el Estado deba garantizar siempre la protección de la vida humana con la misma intensidad penal. Así lo demuestra una y otra vez el variado número de eximentes y atenuantes de responsabilidad criminal. Además, la finalidad preventiva, que sin duda inspira la norma, puede desarrollarse con mayor eficacia fuera del Derecho penal. Ahora bien, que el Código Penal despenalice ciertos supuestos de aborto dista mucho de significar que el nasciturus se encuentre en una situación de completa indefensión. Es aquí donde cobra verdadera importancia la STC de 11 de abril de 1985, y más que por lo que dice, por lo que calla. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional reconoce tácitamente la subjetividad del concebido. Así, el Fundamento Jurídico V considera al nasciturus como "existencialmente distinto de la madre", señalando claramente que "la vida del nasciturus en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el artículo 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico, cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento

72. Estos son los señalados en el art. 417 bis del anterior Código Penal, artículo declarado expresamente vigente en la Disposición Derogatoria Única del Código Penal de 1995.

73. Vid: FJ IX de la STC de 11 de abril de 1985, en Repertorio Jurisprudencial Aranzadi del Tribunal Constitucional, 1985, t. 1, ref. 53, p. 599.

74. Vid. CALVO MEIJIDE, "El nasciturus y su protección jurídica (II)", *Actualidad Civil*, 1992, p. 273. Por otra parte, CALVO MEIJIDE acepta que el único caso donde se plantea una auténtica colisión de intereses de idéntico parangón es el riesgo para la vida de la madre frente a la protección al concebido. Vid. *Ibid*, p. 272.

constitucional⁷⁵. El cuidado en no utilizar el término subjetividad, sustituido por la idea de bien jurídico que es más propia de la dogmática penal, no impide su constatación por muy difusa que se encuentre en el FJ citado. De continuo esa certeza sobre la subjetividad del concebido aparece latente a lo largo de la fundamentación elaborada por el Tribunal Constitucional. En este sentido, siguen abiertas preguntas fundamentales en la esfera extrapatrimonial de protección, las cuales no encontraron respuesta adecuada en la sentencia de 11 de abril de 1985, manteniendo, por ello la protección jurídica extrapatrimonial al concebido como uno de los problemas más espinosos de cuantos existen en nuestro ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, ¿se encuentra en total indefensión el concebido ante el aborto o existe posibilidad de defensa?, ¿Puede el padre ejercitar la defensa del concebido en caso de que fuera contrario al aborto?, ¿Tienen legitimación otros parientes?, ¿Y el Ministerio Fiscal?, ¿Hay posibilidad de nombrar en su favor un defensor judicial?

En definitiva, tras la sentencia de 11 de abril de 1985 permanecen abiertas diversas interrogantes sobre la protección al concebido; interrogantes que no se planteaban con anterioridad a la reforma penal, pero que ahora surgen demandando urgente respuesta. Díez Picazo y Gullón observan acertadamente que “si bien se estimó que no era anticonstitucional la no punición del aborto en los casos contemplados en la reforma, se resaltó que la vida en formación es un bien constitucionalmente protegido, lo que conlleva la obligación del Estado de abstenerse de obstaculizar el proceso natural de gestación, a la vez que la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma”.⁷⁶ Estando así las cosas, frente a la desidia del legislador en el cumplimiento de su obligación, tanto doctrina como jurisprudencia deben intervenir al respecto, siendo muy ancho el margen de intervención para la primera.

4. Notas sobre el problema del daño al nasciturus

¿El concebido no nacido puede ser sujeto pasivo del daño? La respuesta a esta pregunta guarda íntima relación con toda la problemática sobre la subjetividad y la capacidad del concebido desarrollada a lo largo del capítulo. Dependiendo del enfoque genérico que se adopte sobre estas cuestiones previas, la respuesta a la pregunta será diferente. Así, quienes niegan la subjetividad y la consiguiente capacidad jurídica al concebido niegan también que el nasciturus pueda convertirse en sujeto pasivo del daño y desde esa posición ejercitar acción alguna. Alegan los partidarios de esta tesis que sólo el sujeto existente puede ser objeto de daños y, por ello, ejercitar

75. Cfr. Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, 1985, t. 1, ref. 53, p. 599.

76. Cfr. DÍEZ PICAZO y GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, Madrid, 1997, p. 332.

la acción de resarcimiento. Consecuente con este razonamiento, De Castro sostiene que no pueden ejercitarse acciones ni afirmarse derechos respecto del concebido, el cual tampoco podrá ser parte en el proceso por carecer de la debida personalidad.⁷⁷ Rescigno afirma igualmente que el mero reconocimiento de algunos derechos a favor del concebido subordinados al nacimiento no autoriza a fijar en la concepción el inicio de la capacidad jurídica.⁷⁸ Sin embargo, incluso desde esta posición, como advierte el jurista italiano, es necesario ofrecer una respuesta porque, siguiendo una concepción personalista, en todo caso, se trataría de un daño causado a un sujeto futuro.⁷⁹ Así es el caso del daño surgido durante la procreación. Rescigno observa que en ese supuesto de daños producidos al concebido durante la gestación, aun en el caso de no considerar al nasciturus como sujeto pasivo del daño debido a la falta de personalidad, no significa que el daño no exista.⁸⁰ La pretensión de resarcimiento surge de la violación de un interés tutelado por el ordenamiento jurídico, en este caso la salud del feto. Así, si es hecho ilícito la transmisión de un mal a una persona ya existente, no hay razón para pensar que no es hecho ilícito la transmisión de ese mal a una persona futura, verificada la relación de causalidad entre comisión del ilícito y el efecto dañoso.

La tesis contraria, aquélla que se pronuncia a favor de la subjetividad y capacidad del concebido, ofrece una respuesta positiva a la pregunta inicialmente planteada, como se advierte, por ejemplo, en Wolf. No obstante, también desde este punto de vista el problema es complejo, fundamentalmente por la incertidumbre consustancial que caracteriza a todas las situaciones y relaciones de las que el concebido eventualmente pueda ser parte.

Planteadas las tesis divergentes sobre la cuestión, afirmar que el nasciturus puede ser sujeto pasivo del daño supone, necesariamente, estar pensando en un daño antijurídico. Además, siguiendo a Busto Lago,⁸¹ el daño antijurídico generador de responsabilidad civil debe componerse de los siguientes elementos: el sacrificio de un interés, la protección del interés sacrificado y el requisito de su carácter privado. Entonces, si se constatan los elementos del daño antijurídico, no habría obstáculo para entender que el concebido pueda ser sujeto pasivo del daño y nazca a su favor la obligación de resarcir. Veamos pues.

El nasciturus es susceptible de sufrir daños. De esto no duda nadie.⁸² Ahora bien, el daño jurídicamente relevante es el daño antijurídico, aquél que supone

77. Cfr. DE CASTRO: Op. cit., p. 127.

78. Cfr. RESCIGNO: voce "capacità giuridica", in *Noviss. Dig. It.*, t. II, 1958, p. 874.

79. Vid. RESCIGNO: *Il danno da procreazione*, Rivista Diritto Civile, 1956, t. II, p. 614 y ss.

80. Cfr. *Ibid.*, p. 619.

81. Vid. BUSTO LAGO, José Manuel, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 70 y ss.

82. El daño entendido aquí en su acepción más amplia de fenómeno material.

una transgresión del ordenamiento jurídico. En este sentido, el daño antijurídico al concebido será todo aquél que vulnere intereses jurídicamente tutelados del mismo y que no esté cubierto por una causa de justificación.⁸³

Intereses jurídicamente tutelados o, en terminología penal, bienes jurídicos protegidos del concebido son la vida, la salud y la integridad física. Estos, en cuanto intereses extrapatrimoniales encuentran tutela inmediata en el Derecho penal. Los delitos de aborto y lesiones al feto, tipificados en los artículos 144, 145, 146, 157 y 158 del Código penal marcan el ámbito de la responsabilidad criminal por comisión del injusto penal. Además de esto, los ilícitos penales también generan la obligación civil de reparar el daño y perjuicio causados, conforme a las normas sobre responsabilidad civil que recoge el Código Penal. Así lo establece el artículo 1092 del Código Civil. En este caso, la acción civil podrá ejercitarse conjunta o separadamente de la acción penal, como afirma el art. 109 del Código Penal, que abre la posibilidad a la reserva de acción ante la jurisdicción civil.

83. Sobre las causas de justificación y los daños al concebido, es necesario hacer alguna matización fundamentalmente en lo que atañe al estado de necesidad. Las causas de justificación son causas de exclusión de la antijuridicidad. Señala BUSTO LAGO que "la presencia en un evento dañoso de una causa de exclusión de la antijuridicidad excluye el nacimiento de la obligación resarcitoria derivada de la responsabilidad civil. Sin embargo, esta afirmación inicial va a sufrir importantes matizaciones y limitaciones derivadas fundamentalmente de la actual regulación de los daños causados en estado de necesidad". Cfr. Op. cit., p. 264. En caso de aborto se produce un daño al nasciturus que da lugar a la muerte del mismo. Si hay una causa de justificación que excluya la antijuridicidad de la acción ésta no será punible conforme establece el artículo 417 bis del Código Penal. Las causas de justificación o indicaciones señaladas por el legislador español se inspiran en los principios de ponderación de intereses y no exigibilidad de un comportamiento distinto, siendo reconducibles, por tanto, a la eximente genérica de estado de necesidad; así lo entiende, entre otros, MUÑOZ CONDE, Op. cit., p. 83. Fuera de las indicaciones previstas, el aborto producido con consentimiento de la mujer se castiga conforme a los artículos 145,1 y 2 del Código Penal. No obstante, la exclusión de responsabilidad penal debido a la no punibilidad del aborto practicado conforme a las indicaciones, no significa la desaparición de responsabilidad civil. Es cierto que en el supuesto planteado, privado el nasciturus de vida, desaparece la víctima del daño y no ha lugar al resarcimiento. Recordemos las palabras de FEDERICO DE CASTRO: "el derecho a la indemnización nace con el daño y se adquiere en el momento de inferirse; si el daño es el morir, nace cuando la persona ya dejó de existir y no puede, por tanto, adquirir nada porque carece de capacidad jurídica; un cadáver no adquiere derechos". DE CASTRO, La indemnización por causa de muerte, Anuario Derecho Civil, 1956, t. I, p. 486. Sin embargo, el aborto puede generar un daño moral a los familiares, en el sentido de ver frustrados sus sentimientos por la acción u omisión dolosa o imprudente que da lugar a la muerte del concebido y elimina la posibilidad de desarrollo de ese ser anhelado. En tal sentido, habría que analizar si el daño está cubierto por el estado de necesidad u otra causa de justificación y, de no ser así, surgiría la obligación de resarcir. Pensemos que de las actuales indicaciones del artículo 417 bis del Código penal, tanto el aborto cometido en caso de violación como el llamado aborto terapéutico o en caso de evitar un grave peligro para la vida de la embarazada, cumplen sobradamente los presupuestos del estado de necesidad, eliminando la antijuridicidad y, por ello, no son casos de responsabilidad civil. Más dudoso resulta apreciar el estado de necesidad en el resto de las indicaciones que pueden dar lugar a supuestos no punibles de daños y, sin embargo, propicios para la aparición de responsabilidad civil.

Por otro lado, en el ámbito estrictamente civil, dada la especial posición ontológico jurídica del concebido, transitando de la subjetividad genérica a la personalidad, y su indiscutible naturaleza humana, se trata de un sujeto, al igual que la persona física, amparado bajo el principio *alterum non laedere*. De modo que, si un tercero causa un daño al nasciturus transgrede dicho principio, constituyendo su comportamiento un acto antijurídico generador de responsabilidad. Escribe De Ángel Yagüez que "el no causar daño a los demás es, quizá, la más importante regla de las que gobiernan la convivencia humana".⁸⁴ Sin duda, también este principio es aplicable al concebido en tanto que en él hay intereses humanos dignos de tutela y pueden ser objeto de daño por una acción u omisión culpable. Tal es el caso de los daños sufridos por el concebido a consecuencia de una negligencia médica. Así lo ha entendido la jurisprudencia, que es abiertamente favorable a indemnizar este tipo de daños. Muestra de ello son, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2002,⁸⁵ que observa la responsabilidad extracontractual de la ginecóloga causante de sufrimiento fetal agudo, y la sentencia Tribunal Supremo de 30 de enero de 2003,⁸⁶ que establece indemnización a favor de la madre por daños morales a consecuencia de una negligente actuación del profesional sanitario en el parto, que originó una lesión irreversible en el recién nacido.

Esto en cuanto a la protección extrapatrimonial, porque en el ámbito patrimonial también encontramos tutela jurídica de los intereses del concebido. Así, por ejemplo, hay tutela jurídica a favor del concebido en la adquisición de la herencia, y en la aceptación de donaciones a su favor. El daño en tales situaciones aparece cuando la persona que representa los intereses del concebido no vela por ellos debidamente bien por desidia o ignorancia fundada en un actuar culpable, sufriendo el nasciturus un perjuicio en su patrimonio derivado de la falta de adquisición en la herencia o del rechazo de la donación. Por otra parte, es admisible el resarcimiento del daño al nasciturus generado por la pérdida del progenitor. Nos dice Capobianco⁸⁷ que habrá posibilidad de resarcir cuando la muerte del padre se deba al hecho culpable de un tercero, que afecta de modo directo al concebido en el sentido de verse privado de los recursos que la ley le garantiza. Igualmente, como sostienen Cantero Nuñez y Pardo García, el nasciturus encuentra tutela jurídica en la Ley del contrato de seguro española (en adelante, LCS), favorable a la posibilidad de ser designado

84. Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, p. 9.

85. Vid. *Práctica de Derecho de Daños*, núm. 4 – abril 2003, p. 17 y ss.

86. Vid. *Ibidem*. núm. 9 – octubre 2003, pp. 51 y 52. Cabe destacar que la sentencia otorga indemnización a la demandante en la instancia por daños morales sufridos a causa de las lesiones ocasionadas a su hija por la deficiente actuación sanitaria; es decir, se indemniza a la madre por daños propios derivados del daño físico a su hija, que, sin embargo, no es indemnizada, pudiendo serlo, al no haber reclamado la madre indemnización en representación de aquélla.

87. Cfr. CAPOBIANCO, "Nascituro e responsabilità civile", en *Rassegna di diritto civile*, 1997, p. 61.

beneficiario de un seguro de vida.⁸⁸ Esta tutela se funda en el artículo 85 de la LCS donde aparece implícitamente reconocida. El daño vendría en este supuesto no del mero incumplimiento contractual, que no es fuente de responsabilidad por daños, como advierte Yzquierdo Toslada,⁸⁹ sino de la manifiesta voluntad del deudor a no cumplir, que da lugar a responsabilidad por daños moratorios derivados de la falta de cumplimiento de entrega de la prestación. Así es el caso cuando la aseguradora se niega al reconocimiento del nasciturus como beneficiario de la prestación, alegando que éste no se entiende comprendido en el concepto de hijo entendido como descendiente con derecho a la herencia señalado en el art. 85 LCS. La cuestión tiene su importancia, pensemos en el supuesto de incursión en mora del asegurador señalado en el art. 20.3º de la LCS y la posición del nasciturus como único sujeto beneficiario de la prestación. Dice el art. 20.3º de la LCS que “el asegurador incurre en mora cuando no hubiere cumplido su prestación en el plazo de tres meses desde la producción del siniestro o no hubiere procedido al pago del importe mínimo de lo que pueda deber dentro de los cuarenta días a partir de la recepción de la declaración del siniestro”. Así, el nasciturus no sólo tiene una acción de cumplimiento de la prestación sino también una acción de daños y perjuicios, ambas ajustadas a los condicionamientos intrínsecos que caracterizan al concebido.

La tutela que el ordenamiento jurídico brinda al concebido posibilita su inclusión en el concepto de “perjudicado” planteado en el seguro de responsabilidad civil. Así, el concebido cuenta con una acción directa de daños y perjuicios contra el asegurador, inmune a las excepciones que el asegurador puede plantear al asegurado, salvo la culpa exclusiva del mismo y otras personales que tenga contra éste: art. 76 LCS. El daño, en este caso, puede ser de carácter corporal o bien patrimonial, ejemplo: muerte de uno de los progenitores atropellado por un vehículo y consiguiente pérdida de expectativas patrimoniales o *lucrum cessans*, que según el art. 1106 del CC faculta al perjudicado para exigir indemnización por “la ganancia que haya dejado de obtener”. La sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 25 de septiembre de 1997 estimó este planteamiento, reconociendo al nasciturus la condición de perjudicado por la muerte de su padre en accidente de circulación.⁹⁰ Santos Bríz dice que el lucro cesante “ha de verse en la necesidad de reponer al perjudicado en la situación en

88. Cfr. CANTERO NÚÑEZ y PARDO GARCÍA, “Acerca de la designación de beneficiario de un seguro de vida desde la óptica del Derecho de sucesiones”, en *Revista Derecho Privado*, octubre 1996, p. 711.

89. Vid. YZQUIERDO TOSLADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, 2001, p. 118 y ss.

90. En dicha sentencia se considera que “la expresión perjudicado no tiene un específico sentido técnico, sino gramatical y por tanto habrá de entenderse por tal todo aquel que como consecuencia de un determinado evento haya experimentado una lesión en su esfera patrimonial (daños materiales) o afectiva (daños morales)”. Por ello, continúa diciendo, “resulta indudable que la hija no nacida, pero sí concebida adquiere igualmente tal condición por mor del propio art. 29 CC... Y la razón de ello es evidentemente porque el primer perjuicio dimana del simple hecho de nacer huérfana de padre”. (FD 3º). Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, *Actualidad Civil*, t. 1998-1, a84/marg. 176.

que se hallaría si el suceso dañoso no se hubiera producido".⁹¹ Para ello, es necesario un previo juicio de probabilidad que permita determinar el lucro frustrado. Desde estas premisas, el meramente concebido está legitimado para ejercitar la acción de resarcimiento, con la nota propia de incertidumbre característica de su situación jurídica, sí, pero esa incertidumbre no es obstáculo que le impida acudir al proceso esgrimiendo su pretensión.

91. Cfr. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil, derecho sustantivo y procesal*, 2º ed., 1977, p. 229.

BIBLIOGRAFÍA

- BUSTO LAGO, José Manuel, *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao, 1978, p. 9.
- DE CASTRO, *Derecho Civil de España, Parte General*, t. 1, Madrid, 1955.
- DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil español*, Madrid, 1929.
- DE RUGGIERO, Roberto, *Instituciones de Derecho Civil*, volumen I, Madrid, 1929, p. 339.
- DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 1997, p. 326.
- DOMINGO DE MORATÓ, *El Derecho Civil español con las correspondencias del Romano*, t. 1, 1868.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Febrero, o Librería de jueces, abogados y escribanos*, tomo 1, 1841.
- HERNÁNDEZ GIL, *Metodología del Derecho (ordenación crítica de las principales direcciones metodológicas)*, Madrid, 1945.
- JORDAN DE ASSO, *Instituciones de Derecho Civil de Castilla*, 1786.
- MANRESA y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código Civil español*, tomo I, Madrid, 1903.
- MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 11º ed.
- ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel, *Biblioteca de escribanos o Tratado General Teórico Práctico*, t. 1, Madrid, 1841, p. 42 y 43.
- PASTOR y ALVIRA, *Historia y elementos de Derecho Romano, Parte 3ª*, t. 1, Madrid, 1881, p. 28.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique, *La persona y su capacidad civil*, Madrid, 1995.
- YZQUIERDO TOSLADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Dykinson, 2001, pp. 118 y ss.

ARTÍCULOS

- ALONSO PÉREZ, "Reflexiones sobre el concepto y el valor de la persona humana", en Anuario Derecho Civil, 1983, núm. 36, pp. 1125 y 1126.
- CALVO MEJIDE, "El nasciturus y su protección jurídica (II)", Actualidad Civil, 1992, p. 273.
- CANTERO NÚÑEZ y PARDO GARCÍA, "Acerca de la designación de beneficiario de un seguro de vida desde la óptica del Derecho de sucesiones", en Revista Derecho Privado, octubre 1996, p. 711.
- CAPOBIANCO, "Nascituro e responsabilità civile", en Rassegna di diritto civile, 1997, p. 61.
- DE CASTRO, La indemnización por causa de muerte, Anuario Derecho Civil, 1956, t. I, p. 486.
- DE COSSÍO, "El moderno concepto de personalidad y la teoría de los "estados" en el Derecho civil actual", en Revista de Derecho Privado (RDP), núm. 309, 1942, p. 751.
- FROSINI, "Il soggetto del diritto come situazione giuridica", en Rivista di Diritto Civile, 1969, t. 1, p. 227 y ss.
- GORDILLO CAÑAS, "Realismo ético: el Magisterio metodológico de Federico de Castro", Anuario Derecho Civil, 1983, núm. 36, p. 1403 y ss.
- GUASP, "El individuo y la persona", en Revista Derecho Privado, t. XLIII, 1959, p. 3 y ss.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel, "El Derecho civil, protector del ser humano", en Anuario Derecho Civil, 1983, núm. 36, p. 1359 y ss.
- MAGNI, C., "Soggetto e persona nel diritto (contributo metodologico)", en Il diritto ecclesiastico, núm. 62, 1951, p. 1 y ss.
- RESCIGNO, "Il danno da procreazione", Rivista Diritto Civile, 1956, t. II, p. 614 y ss.

GAI. 2,98 EN LA SUCESIÓN MORTIS CAUSA DEL DERECHO CIVIL CHILENO*

Ian Henríquez Herrera**

Abstract

This paper is an examination of a part of the Chilean Civil Code (in Book III, title I), in the light of Gai 2,98. On this issue, we analyze two problematic topics: the concept of *universitas iuris* that Andres Bello used, and the idea of *iusta causa* that *successio mortis causa* requires to acquire property.

Este trabajo es un examen de una parte del tít. I del Lib. III del Código Civil Chileno, a la luz del texto de Gai. 2,98. Analizamos dos aspectos problemáticos: el concepto de universalidad jurídica utilizado por Andrés Bello, y la noción de título (*iusta causa*) que concurre junto al modo de adquirir *successio mortis causa*.

Key words

Successio mortis causa – estate – Gai. 2,98.

Sucesión por causa de muerte – herencia – Gai. 2,98.

* Profesor Escuela de Derecho, Universidad Católica de Temuco.

** El autor agradece a la Profesora María de los Ángeles Soza Ried (U. de los Andes) sus comentarios a una versión preliminar, y sus enseñanzas que derivaron en este trabajo.

Introducción

En lo que sigue, comentaremos el pasaje de Gayo contenido en *Instituta* 2,98 a propósito de la sucesión por causa de muerte en el Derecho Civil chileno, centrando nuestro análisis en dos aspectos: el concepto de universalidad utilizado por Andrés Bello en los arts. 951 y 954 del Código Civil y en la recepción del dogma de título y modo por parte del codificador chileno, identificando cuál es el título que concurre con el modo de adquirir sucesión por causa de muerte.

Para ambos efectos, revisaremos la línea de continuidad entre el texto gayano y el tít. I del Libro III del Código Civil chileno, mediado por la recepción del primero en las *Instituta* justiniana, y por los comentarios de Vinnio y Heinecio, los que, a su vez, influyeron fuertemente en las *Instituciones de Derecho Romano* de A. Bello.

1. La línea de continuidad entre las instituta gayana y justiniana

El texto de base para este comentario está contenido en *Gai.* 2,98, y su tenor es el siguiente:

“Si cui heredes facti sumus sive cuius bonorum possessionem petierimus sive cuius bona emerimus, sive quem adoptaverimus, sive quam in manum ut uxorem receperimus, eius res ad nos transeunt”¹.

Este texto contiene, pues, el germen de la sucesión patrimonial entre dos personas, al señalar que “las cosas de dicha persona pasan a nosotros”, por los medios que allí precisa. *Gai* 2,98 fue recogido en las *Instituta* de Justiniano en 2, 9, 6:

“Hactenus tantisper admonuisse sufficit, quemadmodum singulae res vobis acquirantur; nam legatorum ius, quo et ipso singulae res vobis acquiruntur, item fideicommissorum, ubi singulae res vobis relinquuntur, opportunius inferioritate loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res vobis acquirantur. Si cui ergo heredes facti sitis, sive cuius bonorum possessionem petieritis, vel si quem arrogaveritis, vel si cuius bona libertatum conservandarum causa vobis addicta fuerint, eius res omnes ad vos transeunt. Ac prius de hereditatibus dispiciamus, quarum duplex conditio est; nam vel ex testamento, vel ab intestato ad

1. “Si hemos sido hechos herederos de alguien, o bien si pidiéramos la posesión de los bienes de la herencia a alguien, o compráramos el patrimonio de alguien, o adoptáramos a alguien, o recibiéramos a una mujer bajo potestad como cónyuge, las cosas de dicha persona pasan a nosotros” (*Instituciones jurídicas de Gayo*, traducción de Francisco Samper, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000).

vos pertinent. Et prius est, ut de his dispiciamus quae vobis ex testamento obveniunt: qua in re necessarium est initio de ordinandis testamentis exponere"².

2. Las influencias de Vinnio y Heinecio

Según Hugo Hanisch, se puede notar en la biblioteca que tenía Bello una inclinación a las obras de Vinnio, pero principalmente a las de Heinecio. Esto puede explicarse por la circunstancia de que ambos autores eran, en aquella época, referentes habituales en la enseñanza del derecho³.

2.1. La distinción de Vinnio entre título y modo respecto de la herencia

En Vinnio se lee, comentando el pasaje justiniano en cuestión que el carácter de universalidad está dado por la cosa adquirida, y no por el título de adquisición. De esta forma, habrá modos para adquirir las cosas singulares, y modos para adquirir las universales:

"Comentario:

"1. Las palabras per universitatem, no significan un título de adquirir, sino la cosa que se adquiere.

2. Del antiguo modo de adquirir por universalidad sólo quedan cuatro, que son los que menciona Justiniano.

3. Qué cosa sea herencia?

[...]

Explicados los modos por los que por derecho civil se adquieren las cosas singulares pasa el Emperador á aquellos por los que se adquieren las universales, ó con los que adquirimos una universalidad; pues que aquí no deben mirarse menos los modos y títulos de adquirir, que la

2. "Basta por ahora haber indicado, de qué modo se adquieran para vosotros las cosas particulares; porque el derecho de los legados, por el que también se adquieren para vosotros cosas particulares, así como el de los fideicomisos, en que se os dejan cosas análogas, lo expondremos con mayor oportunidad más adelante. Y así, pues, veamos ahora, por qué medios se adquieren para vosotros las cosas por universalidad. Por tanto, si sois instituidos herederos de alguno, o si hubiereis pedido la posesión de sus bienes, o si hubiereis adrogado a alguien, o si se os hubieren adjudicado los bienes de otro para conservar las manumisiones, todos sus bienes pasan a vosotros. Mas, tratemos antes de las herencias, de las que hay dos clases; porque os pertenecen o por testamento, o *ab-intestato*. Y corresponde primero, que hablemos de las que os provienen por testamento: en cuya materia necesario es que en primer lugar expongamos las formalidades para hacer los testamentos" (versión García del Corral).

3. HANISCH, Hugo, *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*, Santiago, Ediciones del Consejo de Rectores de la Universidades Chilenas, 1983, p. 220. Dice Hanisch: "Bello no podía, pues, salir de este ambiente jurídico romano-hispánico en que campeaban Vinnio y Heinecio, ni prescindir de ellos, que eran los indubitados maestros de la época" p. 223.

universalidad de la adquisición, por cuanto también puede donarse y legarse una universalidad de bienes...; y puede también venderse... y sin embargo estos títulos naturalmente son singulares; esto es, destinados para la adquisición de cosas singulares, pues no dan los mismos derechos de adquirir universalmente que, por ejemplo, la herencia; y esto se hecha de ver en las acciones directas, ya activas, ya pasivas. Los solos modos de adquirir universales por su naturaleza son los que enumera aquí el Emperador.

[...]

Per universitatem). Esto es, aquellos por los que adquirimos universalmente y por una sola adquisición todos los bienes de alguno, todas las cosas y el derecho universal del mismo, no cada cosa separada de por sí [...].

Vultejo piensa que con estas palabras por universalidad se da a entender el título de la adquisición, no las cosas que se adquieren; pero pienso que opinó muy mal; pues quién oyó decir nunca que se atribuyera a la universalidad el título, o llamara universales a algunos títulos? Pues correspondiendo tan sólo estas palabras a las cosas, y no a todas, de aquí es que ciertas cosas se llaman singulares, y otras universales; y se dice universalidad de cosas o de bienes, pero no de títulos. Con todo, del mismo modo que las acciones por las que pedimos una universalidad de bienes las llamamos por su objeto universales, como sucede con la petición de la herencia, aquellas por las que pedimos una cosa sola como es la vindicación, singulares y especiales ... , así también llamamos universales los títulos que pertenecen por adquisición a la universalidad; esto es, por todas las cosas de alguno, y singulares los que pertenecen a todas las cosas singulares. En una palabra, la universalidad no es una causa o título, ni tampoco un modo de adquirir, sino lo mismo que se adquiere, por ejemplo, la herencia que el heredero obtiene por medio de la adición"⁴.

Del mismo Vinnio, en su comentario al pasaje 2, 9, 7 de las *Instituta*, se lee claramente la diferenciación entre el modo y el título concurrentes para la adquisición de la herencia. El modo, para Vinnio, es la adición y el título, la delación:

"La adquisición de la herencia consta de dos partes; de la delación y de la adición. Aquella es el derecho o título de adquirir; ésta es el modo; y así no puede adquirirse la herencia antes de haber sido deferida, y se considera deferida desde que uno puede conseguirla por medio de la adición"⁵.

4. VINNIO, ARNOLDO, *Comentario académico y forense del célebre jurisconsulto Arnoldo Vinnio a los cuatro libros de las Instituciones Imperiales de Justiniano, anotado por el jurisconsulto J. Gottlieb Heineccio*, traducción de D.J.P.B., Barcelona, Imprenta de José Torner, 1846, t. 1

5. *Id.* anterior.

En consecuencia, ya en el pensamiento de este autor humanista figura clara la identificación de la delación como el título concurrente con el modo (adición) para la adquisición de la herencia. Es decir, respecto de la cosa herencia, el modo de adquisición es la aceptación y el título es la delación. Este es el mismo pensamiento que luego Bello plasmará en sus *Instituciones*, respecto del título. Así también, es interesante constatar que para Vinnio el atributo de universalidad está dado por la cosa que se adquiere, y no por el modo. Vinnio no reconoce modo universal.

2.2. Heinecio y la línea de continuidad con Justiniano

Conforme lo indica también Hanisch, especial influjo tuvo en Bello para la redacción de sus *Instituciones de Derecho Romano* un texto de Heinecio, traducido como *Recitaciones de Derecho Civil*. En dicho texto se concibe la herencia como una sucesión en todo el derecho del causante, y por consiguiente con carácter universal. También se hace mención a la posibilidad de la sucesión singular entre vivos:

*"[...] Comenzamos a tratar arriba de los modos de adquirir el dominio, dividiéndolos en naturales y civiles, § 340. Aquellos eran tres: la ocupación, la accesión, y la tradición.[...] Los civiles lo dividimos arriba en singulares, cuando solamente adquirimos una cosa singular, mas no sucedemos en todo el derecho del antecesor; y universales, por los que adquirimos, de modo que pasamos a tener todos los derechos de otro. Así, por ejemplo, el comprador, porque no pasa las obligaciones y derechos del vendedor, se llama sucesor singular: al contrario, el heredero es sucesor universal, porque se reúnen en él las obligaciones y derechos del difunto. [...] Por herencia entendemos aquí la sucesión en todo el derecho que tenía el difunto"*⁶.

De lo transcrito hasta aquí, podemos observar que para este autor la herencia implicaba una universalidad que incluía derechos y cargas. Esto, que puede parecer una obviedad a la luz del actual art. 951 del Código Civil, no lo es, puesto que, como se verá más adelante, este fue un punto vacilante y fluctuante en los proyectos de Código. Heinecio, a diferencia de Vinnio, siguió fielmente a Justiniano y a textos interpolados, reconociendo un modo universal. Es más, para Heinecio claramente es posible la *successio inter vivos*, por ejemplo a título de venta.

6. HEINECIO, JUAN, *Recitaciones de Derecho Civil*, Valencia, Imprenta de D. Mariano de Cabrerizo, 1847, Libro II, tít. IX, §§ 483-485. La expresión "sucesión en todo el derecho" (*successio in universum ius*) se trataría de una interpolación.

3. La recepción de la distinción entre título y modo respecto de la herencia en las Instituciones de derecho romano de Andrés Bello

Andrés Bello fue un conocedor profundo del Derecho Romano, al que tuvo en alta estima y valía⁷. Para efectos de impartir la cátedra de Derecho Romano en el Instituto Nacional, como para las clases a sus propios discípulos, elaboró un texto de estudio basado en las *Instituta* de Justiniano, que se publicó en forma anónima en 1843, pero cuya autoría es indubitada⁸. En este texto se lee que la herencia es propiamente el patrimonio de una persona difunta con sus cargas, o colección de todos los derechos que competen al difunto o contra el difunto al tiempo de su muerte. Se lee, además, que "La delación o transmisión de la herencia es un título: la aceptación es un modo de adquirir"⁹. Por consiguiente, es manifiesta la identificación de un título específico para la adquisición de la herencia. El título concurrente es la delación.

4. La noción de universalidad en los proyectos de Código Civil y las notas de Bello a los arts. 951 y 954

Comencemos por recordar que la rúbrica del Libro III es "De la sucesión por causa de muerte...", con lo cual desde ya se sugiere que puede haber otro tipo de *successio* (*inter vivos*)¹⁰. Recordemos, también, los textos de los arts. 951 y 954:

"Art. 951. Se sucede a una persona difunta a título universal o a título singular.

El título es universal cuando se sucede al difunto en todos su bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos, como la mitad, tercio o quinto.

7. Para una nota sobre su reconocida condición de romanista, véase SCHIPANI, SANDRO, *La Codificazione del diritto romano comune*, Giapichelli, Torino, 1999, cap. VIII; CUMMING, ALBERTO, "Don Andrés Bello y el derecho romano", en *Boletín del Seminario de Derecho Público*, XI, 1942, nn. 19-20, pp. 17 a 23; CASTÁN VÁSQUEZ, José M., "El humanismo de Andrés Bello y su proyección en el Derecho Civil iberoamericano", en *Revista de Derecho* (Concepción) n° 190, 1991, p. 13; y como obra de conjunto: HANISCH, Hugo, *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*, Ediciones del Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, Santiago, 1983.

8. Sobre la autoría de Bello de esta obra, publicada como anónima, véase, por todos, AMUNÁTEGUI, MIGUEL LUIS, *Vida de don Andrés Bello*, Imprenta de Pedro G. Ramírez, Santiago, 1882, p. 346; HANISCH, HUGO, *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*, Santiago, Ediciones del Consejo de Rectores de la Universidad Chilena, 1983, p. 216.

9. BELLO, ANDRÉS, *Instituciones de Derecho Romano*, 3ª ed., Santiago, Librería Central de Servatí, 1878, p. 86.

10. Para un análisis crítico de la *successio inter vivos*, véase SOZA RIED, MARÍA DE LOS ÁNGELES, "Adquisición patrimonial y sucesión: Una precisión de conceptos a partir del Derecho Romano", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso) XXI, 1999, pp. 75 a 101.

El título es singular cuando se sucede en una o más especies o cuerpos ciertos, como tal caballo, tal casa; o en una o más especies indeterminadas de cierto género, como un caballo, tres vacas, seiscientos pesos fuertes, cuarenta fanegas de trigo”.

“Art. 954. Las asignaciones a título universal se llaman herencias, y las asignaciones a título singular, legados. El asignatario de herencia se llama heredero, y el asignatario de legado, legatario”.

4.1. Los proyectos de Código Civil.

En el Proyecto de 1841-1845 el art. 1º del Libro I señala que la sucesión por causa de muerte es a título de herencia o de legado, y que la muerte puede ser natural o civil. El art. 2º define herencia como la colección de todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona difunta, o una cuota determinada de dichos bienes, derechos y obligaciones; y legado, como el don de una determinada especie, cantidad o dinero, que se hace por causa de muerte.

El Proyecto de 1846-1847 mantiene la muerte civil como causal de sucesión (art. 1º), pero elimina la definición de herencia y la sustituye por “asignación a título universal”, es decir, una asignación de todos los bienes o una cuota de ellos. Como se ve, se suprime pues la referencia a las cargas.

En el Proyecto de 1853 nuevamente se produce un cambio. El art. 1111 señala que las asignaciones por causa de muerte son las que hace la ley, o el testamento de una persona difunta, para suceder en sus bienes. El art. 1112 señala, a su vez, que son asignaciones a título universal las de todos los bienes o las de una cuota de ellos, y que las asignaciones a título universal se llaman herencias.

El Proyecto Inédito contiene en el art. 1111 el texto del que será el definitivo art. 951. Señala que el título sucesorio es universal cuando se sucede en todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles, o en una cuota de ellos.

El art. 1112 a pasará a ser el definitivo art. 954, señalándose que las asignaciones a título universal se llaman herencias y a título singular, legados.

4.2. Las notas a los proyectos de Código Civil.

El art. 2º del Proyecto de 1841-1845 figura con la siguiente nota:
“La diferencia entre la herencia i el legado se hace consistir en la naturaleza de la disposición, i no en las palabras materiales que la expresan. Si se dejan a una persona todos los bienes o una cuota de ellos, esta persona es heredero; si una cantidad, especie o jénero, será legatario.

Cuando se dejan a una persona todos los bienes, como no hai realmente bienes sino los que restan después de deducidas las deudas, es claro que esta persona será obligada al pago de todas las del difunto a quien sucede, tanto de las que se conocen al tiempo de abrirse la sucesión, como de las que se presentan posteriormente. Además, si después de la muerte del testador acrecen a la herencia propiedades i acciones de que, al abrirse la sucesión, no se tuvo conocimiento, el asignatario de los bienes tendrá un derecho incontestable a reclamarlas. Él será, en suma, por la naturaleza de la disposición, un heredero universal, pues lo que constituye al heredero universal i lo que le hace un verdadero representante del difunto, es el derecho a todos sus bienes y acciones, i la responsabilidad de sus deudas (...)".

El Proyecto de 1846-1847 figura sin notas. El Proyecto de 1853 señala como notas al art. 1112 las siguientes referencias doctrinarias:

"Art. 1112, inc. 1º. Molina, De just. et jure, Tract. II, Disp. 155, núms. 1, 4; Disp. 182, núms. 12, 14 – Cód. Austr., 532.

Art. 1112, inc. 2º. Molina, dicho tratado y disposición 155, núms. 1, 4".

Como se ve, en esto Bello sigue a un autor de la Segunda Escolástica o Escolástica Española¹¹. La *disputatio* 155 de Molina trata de *haeredibus ex testamento*, y señala en sus números 1 a 4 el carácter de universalidad de la herencia, la que puede ser divisible en cuotas. El nº 1 es el más pertinente a estos efectos¹²:

11. Sobre la influencia de este movimiento filosófico en el Derecho Indiano y la Codificación americana, véase: BARRIENTOS, JAVIER, *Historia del Derecho Indiano. Del descubrimiento colombiano a la codificación*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000, pp. 403-6. Pareciera pendiente un estudio sistemático sobre la influencia específica de la Escolástica Española en el Código Civil chileno.

12. MOLINA, Luis de, *De iustitia et iure*, Moguntiae, Excudebat Nicolaus Heyll Sumptibus Haredum Joannis Godefridi Schonvenderi, 1659. Por tratarse de un texto de difícil acceso, para facilitar su difusión hemos optado por transcribir a pie de página la cita completa: "2. Excipitur, nisi testator, quando plures haeredes instituit, unum eorum instituat per se & alios colectivo modo utsidicat: instituo Petrum haeredem meum, 6 filios frati sui Pauli: tuncenim Petrus institutus censetur in dimidio haereditatis, & filij Pauli in alio dimidio: quia instituntur per modum unius contra divisi Petro, ut habetur *leg. Interdum in princ. SS. de haered. Instit.* Ubi addi legislator, sitestator dixisset, *Petrus filii fratres sui Pauli ex aequo mihi haeredes sunt, tunc omnes instituri censerentur in portionibus aequalibus; quia in denotant verba illa, ex aequo haeredes sint: de quare, & simulibus institutionibus, disputat latet Antonius Gomez. i. tom. variar. resolut. cap. 2.a numer. 3. Vide etiam Covarru. Capit Reynutius §2. Quia tamen legislatores ejusmodi juribus folum intendunt docere judices modum, quo conicere ac arbitrari debeant, quanem fuerit testatoris voluntas: non vero concedere intendunt positivum jus contra testatoris voluntatem: utique non solum in conscientiae, sed etiam in exteriore foro semper in similibus eventibus id judicandum sequendumque est, quod, attentis omnibus circumstantibus, plus creditur fuisse voluntatem testatoris: in dubio tamen aequali, pronunciamdum est juxta ejusmodi jura. 3. Ut quae sequuntur melius intelligas, observa. Tam haereditatem, quam haeredem (qua quod ad praesens institutum attinet, pro eodem reputantur) personam defuncti repraesentare, ut constat ex *l. haeres haereditas SS. de usucapionibus ex aliis juribus*. Unde *authentico, de jure jur. a moriente prestito, in principio* sic scriptum legimus. *Nostris videtur, unam quodammodo esse personam haereditis, ejus, qui in eum transmittit haereditatem*. Rationem hujus repraesentationis, omne ejus, quod ad defunctum pertinebat, transit ad haeredem, ut habetur *leg. Haeres in omne SS. de acquiren. Haered.* Nisi sit tale, quod cum de-*

"1. Haeredum ex testamento quidam instituuntur, vel in universa haereditate (qui tum haeredes in solidum, tum etiam universales appellantur) vel in quota aliqua illius, puta in tertia parte, quarta, quinta, aut qualis alia, & hi omnes proprie dicuntur haeredes, ut constat ex leg. Quoties Cod. de haeredibus instituendis, ex aliis juribus, consentitque communis Doctorum sententia. Quando autem aliqui, sive plures sive pauciores, instituti sunt haeredes, neque testator exposuit in quanta portione, tunc instituti censentur in portionibus equalibus: sicut quando unus tantum est institutus, nec testator aliud adjecit, in tota haereditate censendus est institutus, arg. text. in l. si quis ita scripserit heres SS. de haeredi instit. & aliorum jurium."

La segunda cita de Molina corresponde a la *disputatio* 182, que trata sobre la *substitutio quid et quo*, y el texto de los números 12 y 14 está referido a la sustitución fideicomisaria, incluyendo un largo ejemplo sobre la sustitución de un pupilo a través de un codicilo, que incluye asignaciones susceptibles de gravámenes¹³.

functo expiret, ut si defunctus erat usufructuarius, quia jus fruendi cum vita illius expiravit, non transit ad haereditatem. Haereditas vero non solum alia bona defuncti, sed etiam ejusmodi omnia illius jura, quae cum eo non expirant, complectitur. Sicut autem ad haereditatem transeunt jura omnia defuncti sic etiam transeunt debita & actiones, quae adversus illum competebant, nisi aliqua cum defuncto expiravit: ad easquae tenentur haeres, saltem juxta vires haereditatis, & simul etiam ad legata implenda. Quae autem jura defuncti, & quae onera cum vita illius expirent, melius intelligeretur ex progressu hujus operis de justitia, quam si hoc loco vellemus ea coacervare. Quando unus tantum haeres succedit defuncto, ille solus personam defuncti repraesentat: quando vero plures alii succedunt, omnes integre eum repraesentant, & quilibet in parte, & quemadmodum jura, ita etiam onera & debita defuncti ad eum transeunt juxta proportionem in qua est haeres, ut patet ex leg. cum a morte. C. de rei vendic. l. 2. C. de haereditariis actionibus l. 2. § ult. SS. de praetoris stipulat. & aliis juribus 4. Hoc jacto fundamento: alij haeredes instituuntur solum in re aliqua certa, puta in fundo aliquo, aut in re alia determinata: ut si dicatur, instituo Petrum haereditatem meorum mancipiorum, aut meorum ovium, aut mei tritici, et meae pecuniae, aut quovis alio simili modo in re determinata. Ejusmodi autem haeredes, quando simul cum alio, aut aliis ex haeredibus prioris generis instituuntur, parum a legatariis differunt, ut constat ex leg. quoties. Cod. de haeredibus instit. juncta Glossa ibi. Unde sicut, non ipsi, sed haeredes prioris generis personam defuncti repraesentant, ita neque ad debita defuncti tenentur, ut ibidem habetur, neque si quid (juxta ea quae dicenda sunt haeredibus accrescant, ipsis, de haeredibus prioris generis accrescit".

13. "Fideicommissariam substitutionem sic possumus definire. Est substitutio simplex, & indirecta, quae haeres ab intestato, vel testamento institutus, gravatur, restituere alteri haereditatem totam, vel quotam illius, hoc est, dimidiam, tertiam, quartam aut aliam similem haereditatis partem. Is cui haereditas aut quota haereditatis restitui praecipitur, appellatur fideicommissarius universalis haereditas aute, aut pars haereditatis, quae restitui praecipitur, nec non praecipit ipsa, dicitur fideicommissum universale is vero, qui restituere praecipitur haeres gravatur nuncupatur. Dictum est definitione, qua haeres ab intestato, vel testamento institutus gravatur, &. Quoniam etiam quando quis intestatus discedit, potest haereditatem aut haeres ab intestato gravare, ut haereditatem, aut partem illius alteri restituant, ut constat [cita]. 14. Additum in definitione est, haereditatem totam, vel quotam illius: quoniam quemadmodum quando aliquis haeres directo instituitur, non in tota haereditate, aut in quota illius, sed in re aliqua determinata, puta in fundo, aut determinata quantitate, non dicitur haeres universalis, sed talis institutio legatum reputatur, ut disputat 155, ostensum est: ita quando solum restitui jubetur res aut quantitas determinata, tale fideicommissum non est universale, de quo solo loquimur modo: sed est particulare, quod nihil jam hodie a legato difert, ut constat institutus de legatis § sed non. Quo fit, ut in eo neque Trebellianica, neque alia quae de fideicommissis universalibus disputat. 186. Dicemus, sed quae suo loco de legatis dicenda sunt, locum habeant, ut ex multis juribus est manifestum".

Por cierto, las citas son enteramente pertinentes respecto de los legados, cual es una de las clasificaciones de que trata el artículo 954. No obstante, del carácter universal de la herencia, cuotativo, y susceptible de gravámenes, implícitamente se deriva la inclusión de las cargas en el haber que constituye la herencia. Aunque, por cierto, ello no se colige de modo directo del texto de Molina transcrito.

Finalmente, hemos de consignar que el Proyecto Inédito figura sin notas respecto de los artículos en comento.

4.3. Análisis de los Proyectos y de las notas

De las esbozos previos a los artículos definitivos, y de las notas transcritas, puede observarse que Bello fue vacilante respecto de las características de la universalidad que se adquiere a través de la herencia. El segundo proyecto es el que marca la diferencia, al excluir los pasivos de dicha universalidad, considerando a la herencia, por consiguiente, una universalidad de hecho, lo que resultaría congruente con la calificación de la sucesión por causá de muerte como modo de adquirir¹⁴. No obstante, después retoma el criterio inicial, para incorporar en ella también las cargas y obligaciones.

5. Conclusiones

Una primera observación es respecto de la línea de continuidad existente entre el texto de Gai. 2,98 y el tít. I del Libro III del Código Civil chileno, mediado por la recepción del primero en las *Instituta* justiniana, y, a su vez, por la recepción de ésta en las *Instituciones de Derecho Romano* redactadas por el codificador chileno, las que, por su parte, estuvieron influenciadas por Vinnio y Heinecio, juristas cuyo pensamiento era dominante a la sazón.

Una segunda observación es que Bello fue vacilante respecto de las características de la universalidad sobre la que recae la herencia. El segundo proyecto de Código es el que marca la diferencia, al excluir los pasivos de dicha universalidad. No obstante, tanto en el Proyecto Inédito, cuanto en sus *Instituciones de Derecho Romano*, retoma el criterio inicial, para incorporar en ella también las cargas y obligaciones. A partir de esta conclusión, puede conjeturarse que parte de los problemas dogmáticos y técnicos que presenta el derecho real de herencia, pudieran tener origen en un problema de sistematización del Código. En efecto, si la herencia fuese sólo una universalidad de

14. Si la herencia fuese sólo una universalidad de hecho, desaparecerían gran parte de los problemas dogmáticos y prácticos que genera la existencia del derecho real de herencia y su tradición. Sobre este aspecto, véase SOZA RIED, MARÍA DE LOS ÁNGELES, "La cesión del 'derecho real' de herencia y de una cuota hereditaria", en *Revista de Derecho* (Valdivia), v. XVII, dic. 2004, pp. 91 a 111.

hecho —que justificaría la inclusión de la sucesión por causa de muerte entre los modos de adquirir—, muchos de aquellos problemas desaparecerían (por lo pronto, los relativos a su especificidad en tanto derecho real). Es decir, Bello habría modificado el contenido de la herencia (incluyendo las cargas), pero no hizo las modificaciones sistemáticas correspondientes. Esto último, es, como se señaló, tan sólo una hipótesis, que consideramos plausible y pertinente de ser abordada en un trabajo futuro.

Finalmente, Bello conocía, y probablemente recogió de Vinnio y Heinecio, la distinción entre título y modo, y la necesidad de su concurrencia para la adquisición de la herencia. No obstante, para Bello el título hereditario no es la ley, sino la delación, y el modo, la aceptación.

BIBLIOGRAFÍA

- AMUNÁTEGUI, Miguel Luis, *Vida de don Andrés Bello*, Imprenta de Pedro G. Ramírez, Santiago, 1882.
- BARRIENTOS, Javier, *Historia del Derecho Indiano. Del descubrimiento colombino a la codificación*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000, pp. 403-6.
- BELLO, Andrés, *Instituciones de Derecho Romano*, 3ª ed., Santiago, Librería Central de Servati, 1878.
- BELLO, Andrés, *Obras Completas*, Dirección del Consejo de Instrucción Pública (ed.), Santiago, Imprenta Pedro Ramírez, tt. XI, XII y XIII (Proyectos de Código Civil).
- CASTÁN VÁSQUEZ, José M., "El humanismo de Andrés Bello y su proyección en el Derecho Civil iberoamericano", en *Revista de Derecho* (Concepción) nº 190, 1991.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, v. VII, t. XIII.
- CUMMING, Alberto, "Don Andrés Bello y el derecho romano", en *Boletín del Seminario de Derecho Público*, XI, 1942.
- Digesto*, versión *Cuerpo del derecho civil y romano*, traducción de Ildelfonso García del Corral, Madrid, Editorial Lex Nova, v.1, 1889.

- GAYO, *Instituciones jurídicas*, traducción de Francisco Samper, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2000.
- HANISCH, Hugo, *Andrés Bello y su obra en Derecho Romano*, Ediciones del Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, Santiago, 1983.
- HEINECCIO, Juan, *Recitaciones de Derecho Civil*, Valencia, Imprenta de D. Mariano de Cabrerizo, 1847, Libro II, tít. IX, §§ 483-485.
- MOLINA, Luis DE, *De iustitia et iure*, Moguntiae, Excudebat Nicolaus Heyll Sumptibus Haredum Joannis Godefridi Schonuvenderi, 1659.
- SCHIPANI, Sandro, *La Codificazione del diritto romano comune*, Giapichelli, Torino, 1999.
- SOZA RIED, María de los Ángeles, "La cesión del 'derecho real' de herencia y de una cuota hereditaria", en *Revista de Derecho* (Valdivia), v. XVII dic. 2004, pp. 91 a 111.
- SOZA RIED, María de los Ángeles, "Adquisición patrimonial y sucesión: Una precisión de conceptos a partir del derecho romano", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso) XXI 1999, pp. 75 a 101.
- VINNIO, Arnoldo, *Comentario académico y forense del célebre jurisconsulto Arnoldo Vinnio a los cuatro libros de las Instituciones Imperiales de Justiniano*, anotado por el jurisconsulto J. Gottlieb Heineccio, traducción de D.J.P.B., Barcelona, Imprenta de José Torner, 1846, t. 1.

LOS LÍMITES DE LA ARGUMENTACIÓN: EL ARGUMENTO DE LAS FORMAS DE VIDA

José Manuel Cabra Apalategui
Universidad de Málaga

I.

Dar y pedir razones constituye una de nuestras prácticas sociales más habituales. A veces como acontecimiento aislado, a veces en el desenvolvimiento de prácticas más complejas, la acción de dar razones forma parte esencial de nuestra forma de entender y ordenar el mundo.¹ ¿Por qué damos razones? Damos razones para justificar nuestras creencias, así como los estados de cosas que resultan de nuestras intervenciones en el mundo. En relación con esto último, nuestras justificaciones se proyectan hacia el pasado, en relación con estados de cosas dados como resultado de nuestras acciones, y hacia el futuro, en relación con aquellos estados de cosas deseables a cuya consecución se encaminan nuestras acciones mediante normas. En todo caso, ya ante otros, ya ante nosotros mismos, (nos) damos razones para

1. Robert Alexy se ha referido a la práctica de afirmar y fundamentar como "la forma de vida más general del hombre (*allgemeinsten Lebensform des Menschen*)", excluyendo al respecto cualquier tipo de circunscripción cultural exclusiva ("*Diskurstheorie und Menschenrechte*", en ALEXY, R. *Recht, Vernunft, Diskurs*. Suhrkamp. Frankfurt am Main. 1995, pp. 127-164, aquí p. 139).

convencer (nos) de que nuestras ideas o nuestras acciones son verdaderas o correctas, y ese ser verdadero o correcto lo es en un sentido general, para todos, no sólo para nosotros o para quien sostenga que existe una razón para creer o hacer algo; la idea de razón excluye cualquier concepción local o relativa de justificación. Thomas Nagel ha formulado este principio de universalidad del siguiente modo: "A menos que pensemos que cualquiera debería extraer la misma conclusión de las mismas premisas, no podemos considerar que la conclusión está justificada por la razón".² En efecto, damos una razón porque creemos que está justificado pensar y actuar así en determinadas circunstancias y que otros lo hagan igualmente en situaciones similares, independientemente de que éstos lo crean o no.

Cuestión distinta es que uno quiera tomarse la molestia de convencer de ello a los demás y arriesgarse a que las razones y convicciones propias sean cuestionadas por nuestros interlocutores. La pereza y una temerosa aversión a la argumentación vendrían a explicar la actitud de algunos que limitan la validez de sus justificaciones al ámbito estrictamente personal; afirmaciones del tipo "esto es lo que yo creo, pero no pretendo que nadie más lo crea (o más bien, se sienta compelido a hacerlo)" no son inhabituales. Estos tiempos, en los que el concepto, pero también la actitud de verdad,³ están de capa caída e incluso son denostados bajo la acusación de dogmatismo e intolerancia y donde pretender que uno está en lo cierto resulta ofensivo, dan carta de naturaleza a este tipo de planteamientos. Sin embargo, si preguntásemos a una persona (también a aquella que realiza afirmaciones del tipo de la anterior) por qué cree lo que cree, podrá responder que, sencillamente, lo cree, o bien esgrimirá al menos un argumento en apoyo de su convicción. Creer por inercia o "porque sí" constituye un caso paradigmático de actitudes irracionales y/o dogmáticas que caen fuera de la práctica de dar razones. Creer por alguna razón es creer en esa razón y no en las razones alternativas -bien por desconocimiento, bien porque son conscientemente rechazadas- que sustentarían creencias distintas y, según el caso, incompatibles con las que se tienen.

En otro orden de cosas, si tuviéramos la certeza *a priori* de que, bajo ninguna circunstancia nuestros argumentos van a ser considerados o reconocidos como válidos por nuestro interlocutor, ¿daríamos razones alguna vez? Probablemente, no. Cuando lo hacemos, al igual que cuando imploramos piedad ante el tirano, lo hacemos siquiera mínimamente esperanzados -en muchos casos de un modo injustificado- en que nuestras palabras pueden influir, por diversos motivos, en las convicciones e intenciones de nuestro interlocutor. Aunque de ningún modo pueda establecerse una conexión causal entre convicciones, intenciones y acciones (puesto

2. NAGEL, T., *La última palabra*, Traductor P. Bargallo y M. Alegre, Editorial Gedisa, Barcelona, España, año 2000, pp. 17 y 93.

3. Sobre la verdad como actitud, vid. HAACK, S., "El interés por la verdad: qué significa, por qué importa" (Trad. M. J. Frápolli), en Nicolás, J. A. / Frápolli, M. J. (eds.) *Teorías de la verdad en el siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 53-62.

que nuestras acciones obedecen también a otro tipo de impulsos, como el egoísmo, el ansia de poder o la debilidad de la voluntad), la acción de dar razones no se agota en la exteriorización de lo que para nosotros es una creencia o un estado de cosas justificados: cuando damos razones, también buscamos el reconocimiento de nuestras razones como buenas razones por parte de nuestros interlocutores, aunque eso suponga la modificación de sus convicciones anteriores.

Por tanto, damos razones porque creemos que existen buenas razones para pensar o actuar de un modo determinado y no de otro o, al menos, preferiblemente de un modo a otro. Y pensamos, además, que estas buenas razones pueden ser reconocidas y asumidas como tales por los demás interlocutores, aun en detrimento de sus propias creencias originales acerca de otras razones con las que eventualmente estuvieran en contradicción. Desde el punto de vista interno, el sentido de la argumentación como práctica racional descansa en dos presupuestos básicos: i) la idea de corrección absoluta, y ii) la posibilidad de modificar las convicciones de los interlocutores mediante argumentos o razones.

- i) Argumentar significa adoptar el punto de vista de la corrección absoluta como *idea regulativa* (que deviene, necesariamente, en una perspectiva universalista acerca de la validez de nuestros argumentos o razones); sin que ello suponga, por otra parte, anticipar cuestiones de tipo ontológico. Así Alexy:

*“Los participantes en un discurso práctico, con independencia de si existe una única respuesta correcta, deben plantear la pretensión de que su respuesta es la única correcta. En otro caso, carecerían de sentido sus afirmaciones y fundamentaciones”.*⁴

- ii) Quien se dispone a dar razones presupone la posibilidad de modificar las convicciones de sus interlocutores para llegar a acuerdos acerca de la validez de sus razones en favor de determinados enunciados (normas) o acciones. El acuerdo al que tiende toda argumentación, como señala McCarthy, no es un mero ideal normativo, sino, más bien, un presupuesto de la misma:

*“Si los participantes en el discurso no hicieran ese supuesto, si, por el contrario asumieran que es imposible lograr el acuerdo exclusivamente sobre la base de razones, su conducta lingüística tendería una significación distinta de aquella de la argumentación racional”.*⁵

4. ALEXY, R., “Probleme der Diskurstheorie”. *Zeitschrift für Philosophische Forschung* 43 (1989), pp. 81-93, cita en pp. 90-91. Aunque Alexy se refiere aquí específicamente al discurso práctico, el presupuesto de la verdad (absoluta) juega en el discurso teórico el mismo papel que la corrección absoluta en el práctico.

5. MCCARTHY, Th., “El discurso práctico: sobre la relación de la moralidad con la política”, en *Id. Ideales e ilusiones. Reconstrucción y deconstrucción en la teoría crítica contemporánea* (Trad. A. Rivero Rodríguez), Tecnos, Madrid, 1992, pp. 193 y ss., cita en p. 207.

En otros términos, quien argumenta *con el objetivo de llegar a acuerdos sobre la base de razones* (con independencia de cuáles sean sus motivos reales) presume en sus interlocutores, como en sí mismo, cierta sensibilidad hacia las buenas razones; presunción que no se agota en algo así como una mera *capacidad o facultad de juicio (Urteilsvermögen)*⁶ para discriminar entre buenas y malas razones,⁷ sino que implica, además, una *predisposición racional* por parte de los interlocutores.

Corrección y consenso. Estos presupuestos describen el núcleo de sentido del acto lingüístico de *dar razones* como práctica orientada a la consecución de acuerdos sobre la base de razones. Puede decirse que eso es lo que hacemos cuando damos razones. Cabe, no obstante, plantearse la posibilidad de ciertos límites *a priori*, esto es, la inadecuación de estos presupuestos en relación a todo (límites objetivos) y frente a todos (límites subjetivos).

La ausencia de cualquier tipo de límite objetivo *a priori* supondría que todas las cuestiones a que se refieren nuestras afirmaciones tendrían carácter *cognitivo* (creencia justificada), esto es, nuestras afirmaciones formularían una *pretensión de verdad* o *corrección* equiparable -puesto que se trata de dar razones- a una *pretensión de fundamentabilidad racional* o *saber*⁸. Ciertamente, aunque pueda admitirse sin demasiados problemas la existencia de una convención lingüística que asocia una pretensión de verdad o corrección a nuestras afirmaciones (*Behauptungskonvention*),⁹ ello no implica, en modo alguno, una pretensión de fundamentabilidad racional.

¿Podría decirse que plantea una pretensión de fundamentabilidad quien formula una hipótesis científica sustentada en no más que una débil conjetura o una posibilidad tenida por improbable? Difícilmente. De igual modo, afirmaciones acerca de, por ejemplo, creencias metafísicas ("creo en Dios") no son demostrables o fundamentables intersubjetivamente: quien realiza este tipo de afirmaciones no está

6. ALEXY, R. "Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica", en Id. *El concepto y la validez del Derecho* (Trad. J. Malem Seña), Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 131-158, cita en p. 139.

7. Sobre el presupuesto de la capacidad de juicio de los hablantes descansa la conexión entre procedimiento y corrección defendida por las teorías procedimentales. Vid. WELLMER, A. *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso* (Trad. F. Morales). Antropos / Universidad Autónoma Metropolitana. Barcelona. 1994, p. 97; en un sentido crítico sobre este presupuesto, Atienza, M. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEPC, Madrid, 1997, p. 209.

8. LAFONT, C. "Universalismo y pluralismo en la ética del discurso". *Isegoría* N° 17 (1991), pp. 35-58, especialmente, pp. 40-42.

9. WEINBERGER, O. *Rechtslogik*. Duncker & Humblot. Berlin. 1989 (2ª ed.), p. 54. Sobre el carácter convencional y, por tanto, contingente, de las reglas de los actos de habla, vid. Christensen, R. "Der Richter als Mund des sprechenden Textes. Zur Kritik des Gesetzpositivistischen Textmodells", en Müller, F. (Hsgr.) *Untersuchungen zur Rechtslinguistik. Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und Strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*. Duncker & Humblot, Berlin, 1989, pp. 47-91, aquí, pp. 70-71.

planteando una pretensión de fundamentabilidad ni está en disposición de dar razones (por otra parte, tampoco se espera que lo haga).¹⁰ No resulta razonable, por tanto, a la vista de algunos de nuestros usos lingüísticos habituales, sostener el carácter cognitivo de todas nuestras afirmaciones; sencillamente, hay cuestiones acerca de las cuales dar y pedir razones carece de sentido.

En cuanto a los límites subjetivos, mantener que se puede argumentar frente a cualquiera supondría descartar, sobre la base de la capacidad de juicio y predisposición racional de todos, cualquier tipo de límite *a priori* respecto de la modificación de las convicciones originarias de los participantes de un proceso argumentativo. Ello supone admitir, necesariamente, la posibilidad de obtener un acuerdo racional de alcance universal acerca de *cualquier* cuestión susceptible de ser fundamentada intersubjetivamente que se someta a discusión. La ausencia de límites subjetivos en la argumentación es presupuesto ineludible para la defensa de posiciones metaéticas universalistas convencionalistas.

Este planteamiento ha sido cuestionado desde posiciones relativistas mediante el argumento de las *formas de vida* (*Lebensform*), según el cual las distintas tradiciones culturales (epistémicas, axiológicas) a las que pertenecen los individuos constituyen el límite del entendimiento racional entre ellos. Dicho de otro modo, la existencia de distintas formas de vida haría implausible el presupuesto de que es posible alcanzar un acuerdo racional entre cualesquiera sujetos.

La asunción de los límites del entendimiento racional postulados por el relativismo tendría como primera consecuencia que la acción de dar razones sería constitutiva de varias prácticas distintas según sea llevada a cabo frente a miembros de otra forma de vida o de la propia. El sentido de la dación de razones habría de buscarse, entonces, no exclusivamente en la obtención del consenso (racional), sino que podría ser leído ahora también como un proceso de posicionamiento más cercano a una descripción de motivaciones internas que a un razonamiento de justificación.

Qué idea tengamos de hasta dónde pueda llevarnos la argumentación incide directamente en las nociones de procedimiento¹¹ y consenso¹² de los modelos argumentativos formulados tanto en la teoría política (teoría de la democracia), como en la teoría jurídica. En relación con este segundo ámbito, la tesis relativista de las formas de vida ha sido incorporada a la teoría de la argumentación jurídica

10. WEINBERGER, O. "Der Streit um die praktische Vernunft", *ARSP, Beiheft* 51 (1993), pp. 30 y ss.

11. Vid. GIANFORMAGGIO, L. "La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica". *Doxa* N° 14, año 1993, pp. 159 y ss.

12. Vid. TSCHENSCHER, A. "Der Konsens Begriff in Vertrags- und Diskurstheorien". *Rechtstheorie* N° 33, año 2002, pp. 43 y ss.

por Aulis Aarnio. El planteamiento de este autor muestra cómo la adopción de una concepción de racionalidad no universalista afecta a la construcción de un modelo de argumentación para el Derecho.

Hoy día se admite unánimemente que el razonamiento que concluye con la solución de un conflicto conforme a derecho (y cualquier razonamiento de aplicación de reglas) es una actividad compleja que, en muchas ocasiones, si no en todas, incorpora decisiones y valoraciones de quien lo lleva a cabo. En primer lugar, a la hora de establecer el derecho aplicable, el operador jurídico se enfrenta no sólo a diversas alternativas de interpretación de los textos normativos y expresiones jurídicas, sino también a una pluralidad normativa compleja no únicamente por el elevado número de preceptos aplicables, sino también por las distintas relaciones internas (jerarquía, especialidad) que se dan entre ellos, abonadas por los presupuestos teóricos de coherencia y plenitud del ordenamiento jurídico. Una vez determinado el derecho aplicable, el operador jurídico, además de establecer mediante prueba o presunción racional la ocurrencia de unos hechos, debe calificarlos como un caso del supuesto de hecho de la norma (algo que, como ha puesto de manifiesto la hermenéutica jurídica, ha ocurrido previamente, siquiera de un modo implícito, al determinar el derecho aplicable, pues ninguna regla puede ser aplicada sin una mínima conexión entre la hipótesis de aplicación y un caso) y confirmar o no la consecuencia de la misma.

El razonamiento jurídico, en cuanto proporciona una solución a un conflicto mediante una (única) decisión final, presenta una importante dimensión funcional. Pero, se trata, no obstante, de algo más que plantear la conclusión del razonamiento como una más de entre las respuestas posibles, un curso de acción definitivo; en efecto, la conclusión del razonamiento jurídico se pretende como respuesta legítima o justificada y, en este sentido, el razonamiento jurídico es un razonamiento eminentemente práctico. Según la tesis de Aarnio, la mejor justificación posible de una decisión jurídica sería aquella que encontrara mayor grado de aceptación en la comunidad jurídica tras una argumentación desarrollada bajo condiciones ideales de racionalidad,¹³ convirtiendo el principio de la mayoría en principio regulativo del razonamiento jurídico.¹⁴

13. Estas condiciones de racionalidad argumentativa reproducen en lo esencial los principios y reglas de la argumentación racional establecidos por Robert Alexy. Vid. AARNIO, A. *Lo racional como razonable* (trad. E. Garzón Valdés). CEC. Madrid, 1997, pp. 254 y ss.; AARNIO, A. / ALEXY, R. / PECZENIK, A. "The Foundations of Legal Reasoning", *Rechtstheorie* 12 (1981), pp. 133-158, 257-279 y 423-448, en especial, pp. 266 y ss.; Alexy, R. *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. M. Atienza e I. Espejo), CEC, Madrid, 1997.

14. Aarnio ha formulado este principio regulativo del razonamiento jurídico como sigue: "Trata de alcanzar una solución y justificación tales para los casos difíciles que la mayoría de los miembros [de una comunidad jurídica] que piensan racionalmente puedan aceptar" (AARNIO, A., "La respuesta correcta única y el principio de la mayoría", en *Id. Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho* (trad. P. Larrañaga). Fontamara, México, 1995, p. 67). Acerca de la aceptabilidad racional mayoritaria como principio regulativo del razonamiento jurídico, vid CABRA Apalategui, J. M. *Argumentación jurídica y racionalidad en A. Aarnio*. Dykinson, Madrid, 2000, pp. 104 y ss.

La adopción de la relevancia social de las decisiones como criterio de preferibilidad, al tiempo que se introduce un componente idealizador en el nivel argumentativo, es resultado de presuponer que, ni siquiera en condiciones óptimas, es posible el entendimiento racional más allá de la propia forma de vida. En este sentido, el principio de la mayoría no constituye, como en las teorías de corte universalista sustentadas en la idea regulativa de corrección, un mecanismo que las hace operativas para la práctica en condiciones reales, sino un auténtico presupuesto de un modelo argumentativo que tiñe de funcionalismo la idea de racionalidad. En otros términos, situando en la forma de vida propia los límites de la argumentación, la mayoría es lo más racional a que podemos aspirar en contextos plurales o de coexistencia de culturas diferentes e incommensurables.

Bajo estos presupuestos, la práctica de la argumentación adquiere un sentido distinto de aquél consistente en alcanzar acuerdos sobre la base de razones. Salvo una coincidencia *a priori* de nuestras convicciones básicas (forma de vida), dar razones no va a llevarnos, tampoco en condiciones ideales, más lejos de identificar los motivos reales de nuestros desacuerdos, desechar nuestros prejuicios, así como los acuerdos que sólo lo eran aparentemente (como aquellos alcanzados por hablantes pertenecientes a diferentes formas de vida) que obedecen a la persuasión más que a la convicción racional; entre miembros de distintas formas de vida sólo cabría hablar de compromisos equitativos producto de una negociación en condiciones restrictivas similares a las del discurso ideal.

El consenso racional no es un logro de la razón, sino más bien un síntoma de un alto grado de homogeneidad entre los participantes en los procedimientos argumentativos, algo previo a la argumentación y no el resultado de la misma. En definitiva, la incorporación del principio relativista de las formas de vida que deriva en la formulación del principio regulativo del razonamiento jurídico, define un modelo argumentativo que diluye la conexión entre la racionalidad formal del procedimiento argumentativo (definida por las reglas y formas del discurso) y la racionalidad material de su resultado (corrección).

II

Hasta ahora se han presentado algunos presupuestos de la argumentación como práctica racional orientada al consenso; también la posibilidad de límites objetivos y subjetivos a estos presupuestos, así como su alcance, en especial para la teoría de la argumentación jurídica. En adelante voy a ocuparme de algunos inconvenientes que plantea la tesis relativista de las formas de vida en tanto presupuesto teórico de un modelo argumentativo o como argumento en el curso de una deliberación. Estas críticas se desarrollan en un nivel de abstracción suficiente como para obviar la distinción entre creencias empíricas y convicciones axiológicas. Aquí van a distinguirse dos tipos de objeciones, el primero tiene que ver con la idea de las formas de vida como argumento excluyente de la deliberación; el segundo guarda relación con la modificación racional de las creencias.

i) Las formas de vida como argumento excluyente

Por lo general, la idea de la forma de vida suele plantearse como una razón excluyente, esto es, como forma de eludir la crítica racional de cualesquiera creencias cuya validez (verdad/corrección) se discute. Parece que el hecho de que una creencia pertenezca a un determinado sistema de creencias (como no puede ser de otro modo) la convierte en inmune cuando esta pertenencia es manifestada frente a críticas racionales de personas que sostienen sistemas rivales por mor de una pretendida inconmensurabilidad entre formas de vida. Este aspecto de la tesis relativista genera tres problemas: a) el problema del *estatuto lógico* del argumento; b) el problema de la *identificación*; y c) la cuestión de la *inconmensurabilidad*.

a) El concepto de forma de vida tiene en su origen naturaleza descriptiva, la pertenencia a distintas formas de vida explicaría *a posteriori* un desacuerdo más o menos perturbador de la convivencia en función de las diferencias. En todo caso, la referencia a la forma de vida es una explicación desde el punto de vista externo, pero no un argumento racional. Quien pretende defender una creencia o una práctica social afirmando "esta es mi forma de vida", ni agrega nada a su creencia (que no es en sí misma una afirmación en primera persona),¹⁵ ni está dando un argumento válido en la práctica de la argumentación.¹⁶

La perentoriedad de las razones con que los participantes argumentan en una discusión no se sustenta en la pertenencia de estas a sistemas de creencias

15. NAGEL, T., *La última palabra*, p. 44.

16. Como apunta Antonio Valdecantos, "[e]ste tipo de respuestas está prohibido en el juego de dar razones; quien las da se quita a sí mismo toda posibilidad futura de cambiar racionalmente las creencias de otros" (VALDECANTOS, A., *Contra el relativismo*, Visor, Madrid, 1999, p. 56).

más o menos identificables, sino en relaciones objetivas y tomas de postura.¹⁷ Esto sugiere que, contrariamente a como sostienen los relativistas, ninguna las creencias que conforman nuestra forma de vida sería incuestionable en la medida en que se introduzcan en el discurso nuevas consideraciones, experiencias o sean modificados los procedimientos de fundamentación: la idea de las formas de vida no constituye una especie de inmunidad ilimitada para nuestras creencias.

b) El argumento relativista de la forma de vida plantea un segundo problema en relación con la *identificación* de los límites de la forma de vida y, por tanto, de la argumentación racional. Si no se establecen *a priori* los límites de la forma de vida queda en manos de los participantes en un discurso el recurso ilegítimo a este argumento a modo de cláusula salvatoria para clausurar la deliberación cuando se vean acorralados por los argumentos de sus interlocutores. El establecimiento de estos límites, sin embargo, no es una empresa sencilla.

Originalmente, el concepto de forma de vida da cuenta de un desacuerdo, es una hipótesis para explicar el desencuentro (aparentemente irresoluble) de convicciones y creencias. Pero su uso en un modelo normativo, que también ubica en la forma de vida (en tanto que inconmensurable) el límite a la argumentación racional, y, por tanto, de la aceptabilidad racional, plantea problemas.¹⁸ Evitar estos problemas pasaría por que se especificaran *a priori* las condiciones en que es posible ese diálogo y acuerdo racionales o, al menos, el entendimiento y la posibilidad de alcanzar algún tipo de compromiso (que no tiene necesariamente que ser un acuerdo sobre la base de las mismas razones o valoraciones); en definitiva, la identificación de las formas de vida o fragmentos de las mismas en que es posible el acuerdo racional.

Si se opera a posteriori tenemos que, ante una situación de consenso en un contexto determinado, el criterio de aceptabilidad racional, esto es, el acuerdo alcanzado tras una discusión bajo condiciones ideales de racionalidad, resulta trivial puesto que el acuerdo, aunque no explícito, era previo a la discusión. Por otro lado, en caso de desacuerdo valorativo (presuponiendo que es posible la comunicación y el entendimiento), resulta imposible determinar si estamos ante dos formas de vida distintas o ante dos fragmentos de una misma forma de vida entre los que hay un mayor o menor parecido de familia y, en este último caso, cuál de ellos representa, si es que es posible hablar así, el "ideal", o dicho de otro modo, el sentido genuino de esa forma de vida.

17. Vid. WEINBERGER, O., "Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation", en Krawietz, W. / Alexy, R. *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlín, Dunker & Humblot, 1983, pp. 159-232; aquí, p. 213.

18. COMANDUCCI, P. "Aarnio and the Problem of Legal Certainty". *Rechtstheorie* 26 (1995), p. 39.

Todo lo que tenemos es que, después de discutir en condiciones ideales de racionalidad, sigue habiendo un desacuerdo valorativo para lo cual la aceptabilidad racional no sirve de criterio regulativo.¹⁹ Como vimos, Aarnio resuelve estos casos optando por el principio de la mayoría, presuponiendo que la idealización de la discusión en condiciones de racionalidad ha conducido a los participantes de manera óptima hasta las fronteras de la argumentación racional, esto es, hasta los límites de la propia forma de vida. Tenemos pues, que el uso de un concepto no normativo de formas de vida en un modelo normativo de la argumentación racional al modo en que lo hace Aarnio, debe ser complementado con la idealización de un procedimiento donde se pongan de manifiesto para el observador (punto de vista externo) las diferencias irreductibles entre los participantes.

Pero no es éste el mayor problema que plantea la cuestión de la identificación de las formas de vida y, con ello, de los límites de la razón. La posibilidad misma de identificar distintas culturas o formas de vida entre las que no es posible alcanzar acuerdos sobre la base de razones ya presupone una existencia atomizada e incomunicada de esas culturas o formas de vida, desconociendo así la posibilidad de transversalidad o entrecruzamiento de las distintas formas de vida y que la propia naturaleza dinámica de la imagen del mundo no excluye los cambios de creencias provocadas por el contacto con otras formas de vida. El relativista podría argumentar que sólo los cambios de creencias producidos en el seno de una misma forma de vida son racionales, no pudiendo decir lo mismo de aquéllos originados en el trasvase de información entre formas de vida distintas. Pero entonces el argumento de las formas de vida deviene en una propuesta de definición o estipulación lingüística y, por tanto, en una cuestión trivial.

c) Además de lo discutible que resulta el uso de la forma de vida propia como razón para justificar nuestras creencias en un argumentación y los problemas de identificación, la propia tesis que plantea la imposibilidad de discusión racional más allá de la propia forma de vida, es decir, entre distintas formas de vida, en tanto que irreductibles y, por tanto, *inconmensurables* en un sentido racional, tiene algo de paradójico. Buchwald ha formulado la siguiente *condición de posibilidad del argumento de las formas de vida*: "Para hacer plausible la idea de que un mismo estado de cosas sea decidido de manera distinta, y en casos límite, de manera contradictoria, por distintos auditorios (formas de vida, culturas), ante todo deben ser indicados criterios de identidad de los auditorios, así como justificaciones correspondientes a cada auditorio, por ejemplo, para las normas incompatibles N_i y N_j , conforme a las cuales debe decidirse un mismo caso, igualmente buenas según los respectivos criterios de racionalidad".²⁰ Esto supondría la adopción de un marco conceptual

19. *Idem.*, p. 41.

20. BUCHWALD, D., *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung. Zur Theorie der juristischen Vernunft*, Nomos, Baden-Baden, 1990, p. 245.

común a partir del cual mostrar que, en efecto, ambas normas se refieren a un mismo estado de cosas (caso).

La plausibilidad de una tesis relativista fuerte de la justificación racional (tesis de la inconmensurabilidad), dice Buchwald, depende entonces de que se muestre que en el marco de una teoría de la interpretación lingüística compartida son posibles dos teorías radicalmente distintas de la fundamentación igualmente consistentes y coherentes.²¹ Y esta es la paradoja del argumento escéptico que ubica la frontera de la fundamentación racional en la forma de vida: la diferenciación entre distintas formas de vida no es posible sin que se presuponga un marco conceptual común respecto de las mismas que permita establecer las diferencias (supuestamente irreductibles) desde un mismo punto de vista.

La descripción de estas diferencias presupone una teoría de la interpretación compartida que presupone, a su vez, el reconocimiento por parte de los miembros de las distintas formas de vida de unas mínimas convicciones comunes acerca de qué sea un enunciado comprensible y racional (y es precisamente la existencia de estos básicos criterios comunes de racionalidad lo que el escéptico pone en duda cuando sostiene la tesis radical de la inconmensurabilidad): “la obtención de una interpretación racional no es independiente de los estándares de justificación racional, sino que los presuponen; por lo tanto, no hay teorías de la interpretación conmensurables sin teorías de la fundamentación conmensurables”.²² ¿No será entonces que, bajo esta teórica inconmensurabilidad *a priori* entre distintas formas de vida, se oculta la resistencia a discutir y modificar las creencias propias y ajenas? Como ha escrito Valdecantos, hablar de inconmensurabilidad entre culturas no es sino una “predicción pesimista” acerca de la probabilidad de producir ciertos cambios racionales de creencias.²³

No obstante, como observa Buchwald, la postura del escéptico no es necesariamente contradictoria en sentido fuerte: un relativista podría admitir que cualquier forma de pensamiento presupone una serie de conceptos de racionalidad²⁴ (*Rationalitätsbegriffe*) sin que de ello se siga la conmensurabilidad de lo descrito, especialmente de los criterios de racionalidad (*Rationalitätskriterien*); podría admitir, por ejemplo, que el principio de contradicción es una forma válida de implicación, si bien las distintas formas de vida desarrollan criterios divergentes para determinar cuándo se da tal contradicción. Esta postura escéptica quedaría, sin embargo,

21. *Idem.*, p. 246.

22. *Idem.*, pp. 246-247.

23. Vid. VALDECANTOS A., *Contra el relativismo...*, op. cit, pp. 90-92.

24. A estos conceptos básicos de racionalidad pertenecen junto a la aritmética lo que Nagel denomina *pensamientos lógicos simples*; no hay algo así como formas de vida previas a estas esferas de la razón: los pensamientos lógicos simples “dominan a todos los demás y no son dominados por ninguno, porque no hay posición intelectual alguna que podamos ocupar desde la cual sea posible someter a escrutinio esos pensamientos sin presuponerlos” (*La última palabra*, p. 75).

debilitada si se muestra, partiendo de la observación de los usos efectivos y reiterados en relación con los conceptos básicos de racionalidad, algún tipo de correspondencia entre las convenciones lingüísticas de distintas formas de vida.²⁵

Por último, el argumento de la inconmensurabilidad tendría que hacer frente al hecho de que miembros de distintas formas de vida o culturas dialogan *de facto* sobre la base de estructuras conceptuales compartidas.²⁶ El relativista puede aquí debilitar aún más su tesis argumentando que, aunque en efecto, se da de hecho ese entendimiento, no podemos decidir acerca de las condiciones en las que, desde un punto de vista racional, esto es posible (*Unentscheidbarkeitsthese*), o lo que es lo mismo, no podemos determinar cuándo y cómo es posible la modificación racional de las creencias.

ii) La modificación racional de creencias

La tesis de la inconmensurabilidad tiene que ver con la posibilidad de establecer un marco para la discusión racional; sin embargo, el argumento de las formas de vida puede leerse también como la resistencia a la modificación por medios racionales de las creencias compartidas por la forma de vida. Se trataría de que las diferentes interpretaciones de, por ejemplo, la idea de daño *innecesario* (estoy pensando en las culturas que realizan sacrificios humanos o animales a la divinidad) o el concepto mismo de *persona*, en cuya base se encuentran las creencias básicas de la forma de vida, no son cuestionables racionalmente.

Alexy, quien sostiene que una teoría de la fundamentación de los enunciados normativos basada en este tipo de argumento no es consistente, toma como punto de partida que, efectivamente, en el curso de una argumentación no es posible cuestionarlo todo simultáneamente; quien lo pretende, anula la posibilidad de esgrimir ningún otro argumento: toda justificación implica desde un punto de vista lógico algún presupuesto. Esto, sin embargo, no impide la discusión racional de las convicciones normativas básicas, porque no se trata de que *todas* las convicciones básicas sean cuestionadas simultáneamente de un modo racional, sino de que pueda serlo cada una de ellas.

Los puntos de partida no fundamentados tampoco constituyen ningún déficit de racionalidad de la justificación puesto que, si no se quiere incurrir en circularidad, no es concebible una situación en la que todo esté fundamentado. Ello no obsta para que los puntos de partida puedan ser objeto de discusión racional sobre la base de otros presupuestos.²⁷ La tesis de Alexy es que los límites a priori de la argumentación

25. BUCHWALD, D., *Der Begriff der rationalen juristischen Begründung*, op. cit., p. 247.

26. Vid. HERBERT, M., *Rechtstheorie als Sprachkritik*, op. cit., pp. 282-283.

27. ALEXY, R. "Aarnio, Perelman und Wittgenstein. Einige Bemerkungen zu Aulis Aarnios Begriff der Rationalität der juristischen Argumentation", en Peczenick, A. / Uusitalo, J. *Reasoning on Legal Reasoning*, Vammala, 1979, p. 128.

racional están en la *simultaneidad* y no en la *inmunidad*; el potencial de razón de la argumentación no está en que podamos cuestionar *todas* las creencias básicas de alguien en el curso de una argumentación en condiciones de racionalidad, sino que podemos cuestionar *cualquiera*. Por lo general, es el caso que no se discuten sistemas de creencias en su totalidad, sino creencias determinadas cuyas conexiones con la totalidad del sistema sólo pueden explicitarse de un modo parcial.²⁸

Precisamente lo que defiende la tesis fuerte de la inconmensurabilidad es que cualquier justificación sólo tiene sentido en el marco conceptual de la propia forma de vida; que no es racionalmente discutible; y, de cualquier manera, la modificación de creencias en la que tuviera algo que ver el intercambio de razones con miembros de otras culturas o formas de vida sería una cuestión de persuasión. El sentido que aquí adquiere la persuasión; en contraposición a qué constituye una modificación racional de creencias, es algo que debe ser aclarado. En todo caso, la propia acción de persuadir ya supone cierto grado, muy elemental si se quiere, de entendimiento.

La impugnación del argumento de las formas de vida (ahora en su versión débil de la *unentscheidbarkeitsthese*) pasaría por mostrar cómo es posible la modificación de las creencias básicas de los participantes en el curso de la argumentación racional. A estos efectos, Alexy contrapone dos modelos de argumentación: a) el modelo orientado al *fundamento* (*fundamentorientierten Modell*), y b) el modelo orientado al *procedimiento* (*verfahrenorientierten Modell*). El primero, que correspondería al planteamiento de Aarnio, parte de la existencia de un sedimento de asunciones normativas básicas que constituyen no sólo la condición de posibilidad, sino también el límite de la argumentación racional en un sentido material. El modelo orientado al procedimiento implica la imposibilidad de dudarle todo simultáneamente y, por tanto, la necesidad lógica de *algún* punto de partida (toda hipótesis es una hipótesis acerca de cómo son las cosas), pero no excluiría la posibilidad de cuestionar racionalmente *cualquiera* y *cada* una de las creencias básicas de un sistema.²⁹

La cuestión no es, por tanto, la constatación de situaciones de acuerdo o desacuerdo, sino la posibilidad misma de provocar por medio de razones la modificación de las creencias. Alexy propone cinco procedimientos argumentativos orientados a la modificación racional de las creencias básicas de quien tome parte en ellos;³⁰

28. Vid. VALDECANTOS, A. *Contra el relativismo*, op. cit., pp. 71 y ss.

29. "AARNIO, Perelman und Wittgenstein", op. cit., pp. 130-131.

30. *Idem.*, pp. 131-133.

- 1) Test de *inconsistencia* de los fundamentos básicos de la imagen del mundo: admitido que el nido de enunciados que compone nuestra imagen del mundo no constituye un sistema en sentido estricto, es posible que, al poner de manifiesto las posibles contradicciones internas, se modifiquen algunas de las creencias básicas.³¹
- 2) La *comprobación empírica* de nuestras creencias. Por otra parte, algunas creencias normativas presuponen asunciones de tipo fáctico cuya comprobación permite el tratamiento racional de aquéllas. También los presupuestos metafísicos de las creencias normativas pueden someterse a prueba mediante argumentos de teoría del conocimiento (*erkenntnistheoretische Argumente*).
- 3) Las imágenes del mundo son parcialmente modificables mediante la argumentación racional si se considera posible (y no parece razonable lo contrario) que la deliberación interna en el marco de la forma de vida puede conducir, mediante el uso de argumentos ya aceptados, a la aceptación de nuevas creencias cuya asunción sea incompatible con alguna de las existentes.
- 4) Una ampliación de las bases del juicio (*Erweiterung der Beurteilungsbasis*) mediante el *intercambio de roles*, esto es, si quien propone un enunciado normativo se sitúa en el lugar de los afectados por las consecuencias de su seguimiento generalizado.
- 5) La modificación de la imagen del mundo por medio de la argumentación racional puede también venir provocada por la prueba del origen histórico, social e individual, de nuestras creencias fundamentales, si se muestra que no hay buenas razones actuales, porque las originarias han perdido actualidad o porque se hayan probado inválidas en un momento posterior, para seguir manteniéndolas.

De entrada, no veo que ambos modelos sean excluyentes; es más, no creo que sea posible contraponerlos en ningún sentido puesto que ofrecen perspectivas distintas de la argumentación. El modelo orientado al fundamento presenta un esquema *estático* de la argumentación, donde las creencias básicas funcionan como presupuesto y límite de la justificación, sin embargo, esto no excluye, o al menos no puede deducirse, que cualquier creencia pueda ser puesta en duda. Este modelo pone el énfasis en los presupuestos de la argumentación: toda justificación, que sería aquí el *producto* del proceso de argumentación, está anclada en un presupuesto; la forma de vida juega el papel de este presupuesto.

31. Para ello no es necesario que compartamos esas creencias, basta con que las contradicciones puedan ser señaladas.

Por su parte, el modelo orientado al procedimiento hace hincapié en el *proceso* de argumentación. No obstante, la estructura de la justificación es la misma en ambos modelos (la representada por la dimensión estática). La virtualidad del enfoque procedimental reside en que plantea, con visos de solución, la modificación de las creencias básicas de los participantes en el discurso. Pero una cosa es mostrar que mediante los procedimientos propuestos por Alexy es posible dicha modificación, y otra afirmar que ésta se produce de forma racional. Lo primero es una cuestión empírica, lo segundo (y aquí es donde el argumento de las formas de vida ya es irreconciliable con la racionalidad práctica) implica ya justificar las reglas de la argumentación racional que los definen [1] principio de no contradicción, 2) verdad empírica, 3) claridad analítica, 4) intercambio de roles, y 5) prueba del origen histórico]³² no sólo como medios *efectivos*, sino como medios *racionales* para la modificación de creencias mostrando su validez universal. Esto es algo incontrovertido respecto de los procedimientos basados en el principio de no contradicción [1] y 3)], la verdad empírica [2]) o la prueba del origen histórico [5]) porque constituyen conceptos o pensamientos básicos previos a cualquier otro razonamiento.

Acerca del procedimiento del intercambio de roles, en cambio, se debe tener en cuenta la dificultad que encierra asumir una posición hipotéticamente. Como sostiene Ralf Dreier, el hecho de que la aceptabilidad de una norma esté supeditada a que cada cual se sitúe en el lugar del otro que se vea afectado por la misma, "no sólo reclama una optimización de las cualidades racionales sino también de las emocionales, (...) exige no sólo la elaboración racional de todas las informaciones relevantes sino también de la "sensibilidad", es decir, de una identificación que, en el caso límite, significa la renuncia a la propia identidad".³³ Pero, ¿cómo puedo estar seguro de que me encuentro en el lugar del otro o al menos en un grado óptimo de identificación? Además, esta enorme exigencia presupone ya que, siquiera de un modo hipotético, somos capaces de trascender nuestra propia forma de vida y esto es, precisamente, lo que se discute.

Por otro lado, cabría preguntarse cómo debemos proceder cuando deben ser considerados los intereses no coincidentes de una pluralidad de afectados.³⁴ No obstante, puede responderse a estas objeciones que no afectan al núcleo de la cuestión: con independencia de las dificultades que para situarse en el lugar de otro pudieran presentarse (aquí se han mencionado dos: la suplantación de la identidad

32. En la reconstrucción del discurso práctico general llevada a cabo por Alexy en su *Teoría de la argumentación jurídica*, 1) y 3) corresponden a la regla 1.1); 2) a la regla 6.1); 4) a la regla 5.1.1); y 5) a las reglas 5.2.1) y 5.2.2).

33. DREIER, R. "Derecho y Moral" (Trad. C. de Santiago), en Garzón Valdés, E. (comp.) *Derecho y Filosofía*. Editorial Alfa. Barcelona / Caracas, 1985, p. 71 y ss., cita en p. 108.

34. HIERRO, J. S.-P. *Problemas del análisis del lenguaje moral*. Tecnos, Madrid, 1970, pp. 117-119.

propia y la indeterminación de la otredad ante una pluralidad de sujetos), un ejercicio “incompleto” de suplantación hipotética, o incluso completamente erróneo en relación con la interpretación de los intereses ajenos, puede mostrarse como un procedimiento efectivo de modificación de las propias convicciones normativas sobre la base de razones que amplían el fundamento del juicio, aunque estas razones no respondan a la realidad de la situación del otro, quedando así a salvo su condición de medio racional para la modificación de creencias.

La cuestión parece quedar reducida a cuándo estamos justificados en considerar que hemos provocado una modificación racional en las creencias de nuestro interlocutor. Como sabemos, el argumento de las formas de vida deviene en una especie de solipsismo cultural que niega toda forma de razón más allá de la propia forma de vida. El hermetismo a que conduce una visión artificialmente atomizada de las formas de vida contrasta con el fenómeno observable de la evolución de la propia imagen del mundo en circunstancias de transversalidad cultural. Muy raramente se dan situaciones en las que los procesos de aprendizaje de los miembros de una comunidad se desarrollan sin interferencias de otras manifestaciones culturales extrañas o ajenas a la que podríamos denominar tradición genuina de esa comunidad y, entonces, o admitimos que cada imagen del mundo está participada por fragmentos de otras formas de vida que, de un modo u otro y con distintos grados de intensidad, lo acaban configurando, o nos vemos forzados a reconocer tantas formas de vida como procesos de aprendizaje particulares seamos capaces de identificar.

Esto, llevado hasta sus últimas consecuencias, supondría negar la razón como el espacio de lo común o, en el mejor de los casos, reducirla drásticamente. Aún así, hay que admitir que de hecho existen comunidades que por diversas circunstancias (ubicación geográfica de su hábitat, un fuerte sentimiento de identidad, etc.) son poco o nada permeables a otras formas de vida. La cuestión es, si en el curso de un intercambio de argumentos alguien modifica las creencias que poseía anteriormente acerca de determinada cuestión, ¿cuál es el papel de la razón en todo ello? Para el relativista moderado, el hecho de que efectivamente las personas modifiquen sus creencias no sólo mediante la propia observación y experiencia, sino también mediante la participación en experiencias e interpretaciones ajenas, es únicamente motivo de cierta perplejidad, pero no dice nada acerca de esa modificación. Y quizá esté en lo cierto: hay algo de misterioso en qué consiste y en qué condiciones se producen los cambios en nuestras creencias; Valdecantos ha escrito en este sentido que “[l]as fuentes de cambio de creencias son lo bastante variopintas como para que no quepa adelantar las constelaciones futuras que irán adoptando”.³⁵

35. VALDECANTOS, A. *Contra el relativismo*, op. cit., p. 126.

Desde luego que toda modificación racional de nuestras creencias es siempre, y en esto no cabe discutir el argumento de las formas de vida, interna a un sistema de creencias: como se pone de manifiesto en los procedimientos propuestos por Alexy, la modificación que llamamos racional tendría que ver sobre todo con el encaje coherente de las creencias discutidas en nuestro sistema de creencias (al menos en relación con las conexiones relevantes que somos capaces de hacer explícitas en el curso de una argumentación). Nuestras creencias son racionales porque forman un conjunto coherente, pero la racionalidad es también cuestión de *actitud*, de apertura y sensibilidad a otras razones (*predisposición racional*), lo contrario no es sino una irracional adhesión a las propias creencias. La configuración de nuestros sistemas de creencias presenta un componente volitivo y, por tanto, contingente, que nada tiene que ver con las formas de vida, sino con la resistencia a abandonar las creencias propias y/o reconocer la validez de las ajenas.

III

Como advertí más arriba, si el relativista o el escéptico se limitan a afirmar que más allá de la forma de vida no hay sino persuasión, el argumento de las formas de vida deviene en una estipulación lingüística (por cierto no exenta de problemas en tanto no se resuelva la cuestión de los límites, condición previa necesaria para determinar cuándo hay persuasión o convicción). Para dar por bueno el argumento, habría que mostrar que las formas de vida son previas a algunas esferas de la razón, aquéllas que constituyen los niveles básicos y son fundamento de otros pensamientos, como la lógica o las matemáticas. El hecho de que muchas formas de vida no hayan desarrollado (otras sí lo han hecho) estos conocimientos no los hace válidos sólo para algunas personas que los aprendieron; las prácticas lingüísticas de cada comunidad son, en efecto, contingentes, la validez de la estructura lógica de los pensamientos que expresan, no.³⁶ Si esto es así, si admitimos que, siquiera en niveles muy básicos y abstractos, hay algunas reglas que gobiernan toda forma de pensamiento, sea cual sea la forma de vida en que se desarrolla, entonces no podemos hablar de límites subjetivos *a priori* en la argumentación racional. Por supuesto, esto no significa que, en relación con aquellas cuestiones susceptibles de ser fundamentadas intersubjetivamente, esté garantizado el consenso racional, sino más bien que no hay razones para pronosticar la imposibilidad del mismo.

36. NAGEL, T. *La última palabra*, op. cit., p. 51 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A., *Lo racional como razonable* (trad. E. Garzón Valdés). CEC. Madrid. 1997.
- ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. M. ATIENZA e I. Espejo), CEC, Madrid, 1997.
- ATIENZA, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, CEC, Madrid, 1997.
- BUCHWALD, D., *Der Begriff der rationalen juristischen BEGRÜNDUNG. Zur Theorie der juristischen Vernunft*, Nomos, Baden-Baden, 1990.
- HIERRO, J. S.-P., *Problemas del análisis del lenguaje moral*. Tecnos, Madrid, 1970.
- NAGEL, T., *La última palabra* (Trad. P. Bargallo y M. Alegre). Gedisa. Barcelona. 2000.
- VALDECANTOS, A., *Contra el relativismo*, Visor, Madrid, 1999.
- WELLMER, A., *Ética y diálogo. Elementos del juicio moral en Kant y en la ética del discurso* (Trad. F. Morales). Antropos / Universidad Autónoma Metropolitana. Barcelona. 1994.

ARTÍCULOS

- AARNIO, A., "La respuesta correcta única y el principio de la mayoría", en Id. *Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre filosofía del derecho* (trad. P. Larrañaga). Fontamara, México, 1995, p. 67.
- ALEXY, R., "Aarnio, Perelman und Wittgenstein. Einige Bemerkungen zu Aulis Aarnios Begriff der Rationalität der juristischen Argumentation", en Peczenick, A., Uusitalo, J. *Reasoning on Legal Reasoning*, Vammala, 1979.
- AARNIO, A., ALEXY, R., PECZENIK, A., "The Foundations of Legal Reasoning". *Rechtstheorie* 12 (1981), pp. 133-158, 257-279 y 423-448.
- ALEXY, R., "Probleme der Diskurstheorie". *Zeitschrift für Philosophische Forschung* 43, 1989, pp. 81-93.
- ALEXY, R., "Una concepción teórico-discursiva de la razón práctica", en Id. *El concepto y la validez del Derecho* (Trad. J. Malem Seña), Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 131-158.
- CABRA APALATEGUI, J. M., "Argumentación jurídica y racionalidad" en A. Aarnio. Dykinson, Madrid, 2000, p. 104 y ss.

- COMANDUCCI, P., "Aarnio and the Problem of Legal Certainty", *Rechtstheorie* 26, 1995.
- CHRISTENSEN, R., "Der Richter als Mund des sprechenden Textes. Zur Kritik des Gesetzpositivistischen Textmodells", en Müller, F. (Hsgr.) *Untersuchungen zur Rechtslinguistik. Interdisziplinäre Studien zu praktischer Semantik und Strukturierender Rechtslehre in Grundfragen der juristischen Methodik*. Duncker & Humblot, Berlín, 1989.
- DREIER, R., "Derecho y Moral" (Trad. C. de Santiago), en Garzón Valdés, E. (comp.) *Derecho y Filosofía*. Editorial Alfa. Barcelona, Caracas, 1985, p. 71 y ss.
- GIANFORMAGGIO, L., "La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica". *Doxa* 14, 1993, p. 159 y ss.
- HAACK, S., "El interés por la verdad: qué significa, por qué importa" (Trad. M. J. Frápolli), en Nicolás, J. A. Frápolli, M. J. (eds.) *Teorías de la verdad en el siglo XX*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 53-62.
- LAFONT, C., "Universalismo y pluralismo en la ética del discurso", *Isegoría* 17, 1991, pp. 35-58.
- MCCARTHY, Th., "El discurso práctico: sobre la relación de la moralidad con la política", en Id. *Ideales e ilusiones. Reconstrucción y deconstrucción en la teoría crítica contemporánea* (Trad. A. Rivero Rodríguez), Tecnos, Madrid, 1992, p. 193 y ss.
- TSCHENSCHER, A., "Der Konsens Begriff in Vertrags- und Diskurstheorien". *Rechtstheorie* 33, 2002, p. 43 y ss.
- WEINBERGER, O., "Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation", en Krawietz, W. / Alexy, R., *Metatheorie juristischer Argumentation*, Berlín, Duncker & Humblot, 1983, pp. 159-232.

APROXIMACIÓN A LA NOCIÓN DE AUDITORIO Y DE ACEPTABILIDAD RACIONAL*

Flavia Carbonell Bellolio¹

1. Preliminares

La actividad argumentativa consistió en dar razones a favor de una tesis, que en el campo jurídico puede ser, a modo de ejemplo, una decisión judicial o una determinada interpretación que se dirige a un receptor, oyente, interlocutor, destinatario o auditorio, con la pretensión de lograr su adhesión o aceptación de la tesis propuesta. Es decir, salvo la deliberación con uno mismo, resulta difícil imaginar la construcción de una cadena argumentativa que no se encuentre dirigida a 'alguien'². Y esto es, en general, una característica que tiene que ver no sólo con los procesos argumentativos en el campo del derecho, sino con la comunicación humana en general.

*. Este artículo se enmarca en el proyecto de investigación que se intitula "Argumentación Jurídica en las Siete Partidas. Análisis contemporáneo de un texto clásico", de la Dirección de Investigación de la Universidad de Concepción (DIUC), N° 203.055.006-1.0, período 2004-2006, a cargo del Profesor Jesús Escandón Alomar.

1. Doctorando en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid.

2. "La justificación es siempre presentada a alguien, a un ser imaginario o real". AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 280.

Por otra parte, resulta común que se analicen las decisiones judiciales u otro tipo de soluciones a un problema jurídico para ver si éstas son o no correctas. El problema es, desde luego, ¿de qué se trata esta pretendida corrección? No se trata, por cierto, de una simple comprobación de la existencia de la norma aducida como justificación dentro del respectivo ordenamiento jurídico. Tampoco se trata de verificar empíricamente la verdad o falsedad del enunciado, tanto porque este tipo de enunciado no es susceptible de estos valores, como porque no existe un objeto único con el cual hacer un cotejo que nos arroje como resultado la corrección o incorrección del mismo. De ahí que la aceptabilidad de aquellos a quienes va dirigido el argumento aparezca precisamente como una de las dimensiones de la corrección de estos argumentos.

Resultaría sumamente extenso analizar aquí las soluciones que cada una de los teóricos del derecho ha dado respecto del problema de la corrección. Sin embargo, existen muchos elementos comunes para la delimitación de este concepto. Uno que no puede estar ausente es la exigencia de racionalidad para la corrección de un enunciado normativo. Así, la racionalidad de la justificación estaría dada, por ejemplo, por el cumplimiento de las reglas del discurso práctico, y las especiales del discurso jurídico, en su caso. Autores como Alexy hablan de la pretensión de corrección en este sentido, que se satisfaría en tanto que el enunciado normativo se encuentre racionalmente fundamentado en el contexto del ordenamiento jurídico vigente. Otros autores señalan que la corrección no tiene que ver sólo con la naturaleza racional del enunciado, sino también con que éste sea aceptado por la persona o grupo de personas a quien va dirigido, o que sea considerado "aceptable" en condiciones ideales de un discurso racional.

Es precisamente en este punto de nuestro razonamiento donde se entrecruzan los conceptos de auditorio y de aceptabilidad racional. En palabras simples, y haciendo una primera aproximación, para poder definir un argumento como correcto, el auditorio a quien va dirigido o a quienes éste pudiera afectar tiene que estar en condiciones de aceptar las consecuencias; desde una perspectiva sutilmente diferente, deberán preferirse aquellas decisiones o interpretaciones que pudieran contar con el apoyo de la mayoría de la comunidad jurídica racional.

De ahí nuestro interés en desarrollar las nociones de oyente y auditorio en Aristóteles y en Perelman, toda vez que son las particulares características de cada una de ellas las que contribuirán a dar pautas acerca de la aceptabilidad. Ahora bien, estamos conscientes de que la noción de auditorio, particularmente la de auditorio universal de Perelman, ha sido objeto de fuertes y reiteradas críticas por parte de los teóricos y prácticos del derecho, llegando incluso a afirmarse que no se trata más que de una "intuición feliz"³. Sin embargo, no deja de ser paradójico que esta

3. ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, p. 70.

noción de auditorio no haya desaparecido de las teorías de la argumentación, aunque con modificaciones, precisiones, y desigual importancia. Es esta pervivencia del auditorio en tanto parámetro o elemento para evaluar o determinar la aceptabilidad o corrección material de las decisiones jurídicas lo que nos lleva a retomarla desde el mundo griego y del pensamiento perelmaniano.

Primeramente, trataremos las nociones de oyente que Aristóteles desarrolla en su *Retórica*, destacando su clasificación, los medios particulares de persuasión, la relevancia de los tópicos, del talante o carácter del orador, y de las pasiones del oyente, así como la necesidad de comprensión de la argumentación retórica dentro del marco de una determinada teoría ética. Seguidamente, hablaremos sobre la noción de auditorio en Perelman, sus clasificaciones, la importancia de las mismas y las proyecciones de esta noción al ámbito del derecho. La noción de aceptabilidad será tratada desde el análisis que Aarnio hace de las audiencias y la forma de vida. La recta final nos trasladará nuevamente al problema de la aceptabilidad en tanto criterio de corrección (material) de soluciones dadas a problemas jurídicos. Ahora bien, ¿quién decide finalmente si un determinada decisión es correcta?; ¿En qué momento o circunstancias se plantea el problema de la corrección?; ¿Es la aceptabilidad algo que se pueda medir o determinar? Estos son focos de discusión recurrentes en torno a la aceptabilidad, a cuyas vías de solución pretendemos, al menos, aproximarnos.

2. Las Nociones de Oyente de Auditorio

Aristóteles se ocupó de tratar la persuasión y convicción del oyente dentro de la argumentación retórica, y del interlocutor dentro de un proceso dialéctico, poniendo de relieve la importancia de la delimitación de aquel o aquellos sobre los que se pretende influir. En la argumentación retórica, la consideración del oyente es fundamental para determinar no sólo los medios de argumentación persuasivos particulares de cada género, sino además, para dar directrices relativas a los elementos comunes a todos los géneros discursivos (llamados por Aristóteles, '*topoi*' o lugares comunes), y a las consideraciones del '*ethos*' (talante o carácter) del orador y '*pathos*' (pasiones) de los sujetos destinatarios del discurso. Quizás la mayor complejidad en la comprensión armónica de la obra, a más de la no del todo clara reconstrucción global del pensamiento y escritos de este filósofo, consiste en encajar el estudio de la retórica dentro de la teoría ética y política rectora de su pensamiento. No es este, desde luego, nuestro propósito, aunque nos parece necesario subrayar algunos aspectos relevantes en tal sentido.

Perelman, enraizando su teoría en la *Retórica* de Aristóteles, pone especial énfasis en la noción de auditorio, en torno a la cual construye su teoría de la argumentación. Auditorio, orador y discurso serán los elementos que este autor

desarrolla principalmente en su obra *Tratado de la Argumentación*, y refiriendo estos elementos al ámbito jurídico, en su obra *Lógica jurídica y la Nueva Retórica*. Enfatiza particularmente la importancia del por él llamado "auditorio universal", entendido como el conformado por cualquier tipo de seres racionales, cuya adhesión permite presuponer la racionalidad de las premisas o tesis sometidas a su decisión.

En este estudio del auditorio, debe tenerse también presente que dentro del campo jurídico quienes participan en un proceso argumentativo están sujetos a las particularidades de este ámbito. Por ejemplo, la competencia del órgano que argumenta, la justificación tanto de los hechos como del derecho aplicable al caso, la presencia de autoridades que determinan la validez de las decisiones, y aunque parezca obvia, la existencia de normas - cuya validez es imprescindible para la corrección de la argumentación -, son cuestiones que siempre están presentes en el razonamiento de los operadores del derecho.

Por otra parte, y en íntima relación con lo anterior, se pueden considerar las particularidades de los distintos estadios o campos del derecho dentro del cual se esté argumentando. Así, hay autores⁴ que distinguen entre campo de producción o establecimiento de normas, aplicación de normas, y dogmática jurídica. Cada tipo de argumentación (prelegislativa, legislativa, judicial, dogmática) se dirige a diversos auditorios. Tratándose de la argumentación dentro del ámbito judicial, es posible distinguir entre aquella que llevan a efecto las partes del proceso y la que efectúa el juez, ocupando estos sujetos alternadamente los roles de 'argumentador' y de 'receptor'. Las partes dirigen sus argumentaciones para influir sobre el juez durante el curso del proceso, y el juez se ve obligado a motivar su sentencia para lograr que su decisión sea "aceptable" por dichas partes. Todo ello hace que la noción de oyente o auditorio en el campo jurídico pueda ser especialmente compleja, toda vez que deberán considerarse muchos elementos particulares de este ámbito.

3. El Oyente en Aristóteles

Si pudiésemos condensar brevemente las ideas que a continuación trataremos a propósito del rol del oyente en la *Retórica* de Aristóteles, delinearíamos el marco dentro del cual se desarrollan de la forma siguiente. La retórica es, para nuestro autor, un método por el cual el orador selecciona las premisas que son aptas para lograr la persuasión de sus destinatarios. El razonamiento del orador será apto para persuadir en tanto se funde en premisas que se apoyen en nociones comúnmente compartidas por el oyente, que no son otras que las contenidas en los, por él llamados, "lugares

4. Vid. ATIENZA, op. cit., p. 19-22.

comunes"⁵. Para Aristóteles, sin embargo, la presencia de estos lugares comunes podrá manifestarse tanto en la forma de los argumentos como en su contenido. Por ello hablará de que el entimema y el ejemplo, en tanto formas lógicas de razonamiento, constituyen lugares comunes. Los lugares comunes que se refieren a los contenidos podrán ser propios de un particular ámbito de la argumentación, como los referidos al discurso forense, o bien aplicables a todos ellos, como la categoría de lo posible o lo imposible. Según Aristóteles, para que el orador elija adecuadamente tanto la forma como el contenido de su discurso, deberá identificar y considerar las particularidades del oyente. Así es como resulta necesario distinguir entre tres clases de géneros oratorios, cada uno de los cuales está destinado a tipos de oyentes característicos en su época. En función de dichas particularidades, el orador estructura su razonamiento y elige sus premisas.

La caracterización del oyente en Aristóteles la haremos a partir de lo expuesto en la *Retórica*⁶. Hay dos clases de oyente: el árbitro o juez en sentido amplio, que es el que toma decisiones, y el espectador; de ahí que "forzosamente el oyente es o espectador o árbitro"⁷. El árbitro se divide a su vez en aquel que juzga de cosas pasadas y en aquel que juzga de cosas futuras. Los géneros discursivos que así nacen son el forense o judicial (juez que conoce de hechos pasados), el deliberativo (juez que conoce de hechos futuros) y el epidíctico o demostrativo (el del espectador). Tenemos, entonces, "dos posibles tipos de oyentes y tres momentos para tomar la decisión"⁸.

Los distintos géneros discursivos poseen características que son útiles para que el orador pueda llevar a cabo su argumentación retórica, y seleccione adecuadamente para el caso los medios disponibles de persuasión o lo que cabe para persuadir, o lo que es adecuado en cada caso para convencer⁹, "no siendo su misión persuadir, sino

5. Tal como dice Racionero, el concepto de tópicos o lugares comunes, tratado ampliamente en *Tópicos*, es una de las elaboraciones más ambiguas de Aristóteles. No obstante esta ambigüedad, creemos pertinente dar una noción del empleo habitual de la misma. Entenderemos por lugares comunes las "reglas generales de relación, de las que se puede echar mano para demostrar la validez de todas las formas particulares de relación entre enunciados (cualquiera sea su materia), como si tales formas estuviesen, en efecto, clasificadas y depositadas en determinados habitáculos o lugares lógicos". Su fuerza derivaría, pues, del hecho de que la materia de que tratan "es presentada como expresión de una inferencia universal que todos tienen que admitir". ARISTÓTELES. *Retórica*. Introducción, traducción, y notas de Quintín Racionero. Madrid, Gredos, 2000 (Biblioteca básica Gredos), nota 67 al Libro I.

6. ARISTÓTELES. *Retórica*. Edición, traducción, prólogo y notas de Antonio Tovar. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999. En adelante, las citas de la *Retórica* corresponderán a esta edición, a menos que se precise la referencia a la edición de Racionero recién citada.

7. I 3, 1358a 37 -- 1358b 9.

8. HILL, Forbes I. La 'Retórica' de Aristóteles. En MURPHY, James (ed.) *Sinópsis Histórica de la Retórica Clásica*, p. 48.

9. Esta es la definición de retórica dada por Aristóteles, en las ediciones de la *Retórica* de Antonio Tovar y Quintín Racionero respectivamente. I2, 1355b 25.

ver los medios de persuadir que hay para cada cosa particular"¹⁰. Para ello, es preciso tener presente el asunto o materia de que trata cada una de las tres clases de oratoria, los tiempos a que corresponden, los fines de cada una, y las premisas de que dispondrá el orador en cada caso¹¹. Así, caracterizando los géneros según estas consideraciones, resulta que en el discurso forense, que tiene como destinatario al juez, el orador juzga o argumenta sobre cosas pasadas o sucedidas, empleando como medios la acusación y la defensa, con el fin de determinar y decidir lo justo y lo injusto en cada caso. El discurso deliberativo se dirige a una asamblea, en la que se juzga y decide sobre cosas futuras, empleando como medios la persuasión y la disuasión, y con el fin de determinar lo ventajoso y lo desventajoso, o lo útil y lo dañoso. El discurso epidíctico se desarrolla frente a un espectador que aprecia la habilidad del orador, es decir, valora el arte retórico de aquél, correspondiéndole principalmente el tiempo presente para, por medio del elogio y la censura, ensalzar o reprochar lo honroso y lo feo, lo noble y lo vergonzoso. En palabras de un autor "tales son los discursos que tratan de la deliberación sobre asuntos que pueden suceder o no, los que hacen el elogio de héroes o personajes celebrados y los que dirimen pleitos en los tribunales"¹².

Aristóteles trata a continuación, y a partir de las clasificaciones de los oyentes, las premisas específicas relacionadas con cada tipo de discurso a las cuales el orador debe recurrir en su esfuerzo de persuasión. En la oratoria deliberativa se "delibera hasta el punto en que averigüemos si son posibles o imposibles de hacer por nosotros"¹³ las cosas. Estas cosas o temas de que se encarga la oratoria deliberativa son los ingresos fiscales, la guerra y la paz, la custodia del país, las importaciones y exportaciones, y la legislación. Para demostrar la ventaja o conveniencia de una cosa relacionada con cada uno de estos temas, se disponen premisas probatorias relativas a aquello que conduce a la felicidad, a que una cosa es un bien, a que algo es un bien mayor o menor, y a aquellas derivadas de las distintas clases de gobierno.

La oratoria epidíctica o demostrativa debe tener como premisas las conductas virtuosas (aquellas capaces de producir bienes); al tener como objeto la virtud y el vicio, lo noble y lo bajo de aquellos a los que se ensalza o reprocha, se dice por el propio Aristóteles que tiene un carácter moral¹⁴. El elogio de las acciones virtuosas se centra en la bondad del fin por el que realiza la elección la persona elogiada. Las premisas que se analizan para la argumentación epidíctica son, por tanto, aquellas para demostrar que una cosa o persona es noble.

10. I 1, 1355b 11-12.

11. I 3, 1358a 37 – 1359a 29. Esta descripción ha sido esquematizada por Hill, cit., p. 41. Con respecto a estas clases de discurso, agrega que se refieren a los temas de criminalidad, gobierno y ética personal respectivamente.

12. RACIONERO, Quintín. *Introducción, traducción y notas a la Retórica de Aristóteles*. 2ª reimp. Madrid, Gredos, 1999, p. 50.

13. I 4, 1359b 1-2.

14. I 9, 23 y ss.

Finalmente, en la oratoria forense, cuyo objeto es determinar la justicia o injusticia de una acción determinada, las premisas deben estar encaminadas a determinar “por cuántas y cuáles causas se comete injusticia; en segundo lugar, cuál es la disposición de quienes la cometen; en tercero, contra quiénes y en qué disposición”¹⁵. Se detallan estas tres bases de razonamiento judicial tomando como objeto de estudio el crimen¹⁶.

De las premisas relativas al carácter del orador y a las pasiones del oyente se encarga el Libro II de la *Retórica*. Las primeras apuntan a que el orador sea digno de fe, ya por causa de la prudencia, ya de la virtud, ya de la benevolencia. Las segundas consisten en premisas que tienen por objeto llevar a los oyentes a cierto estado de ánimo, por medio del conocimiento de sus pasiones, es decir, “aquello por lo que los hombres cambian y difieren para juzgar, y a la cuales sigue pena y placer”¹⁷. El orador debe saber “qué pasiones van acompañadas de placer, cuáles de dolor, cuál es la disposición de ánimo de los hombres que son propensos a sentirlas, contra quiénes las sienten y en qué circunstancias”¹⁸. Tales son la ira, la calma o serenidad, la amistad (y el amor), la enemistad (y el odio), el temor, el valor, la vergüenza y el respeto, el favor o benevolencia, la compasión o piedad, la indignación, la envidia y la emulación.

Para la elección del discurso en función del auditorio, también es importante, nos dice Aristóteles, atender a otros dos caracteres del oyente: edad y fortuna, toda vez que éstos afectan sus pasiones y determinan su elección moral. En cuanto a las edades, distingue a los jóvenes, viejos y maduros, atribuyéndole a cada grupo determinadas pasiones y elaborando verdaderos prototipos humanos. Puede decirse en forma resumida y genérica que los jóvenes pecan por exceso, los viejos por defecto (timidez), y que los hombres maduros, que se encuentran en la plenitud de la vida, han alcanzado el justo medio de hombre virtuoso. En cuanto a la fortuna, puede tratarse de hombres (oyentes) caracterizados por los siguientes pares de adjetivos: nobles (o bien nacidos) y humildes, ricos y pobres, poderosos y débiles, afortunados y de escasa fortuna.

15. I 10, 1368b 1-5.

16. Hill hace la siguiente relación de estas premisas: aquellas para demostrar que una acción es o no es un crimen, aquellas para demostrar que un hombre tiene o no motivo, aquellas para mostrar un estado criminal de la mente, aquellas para demostrar que ciertas personas son probables víctimas y las situaciones en que se derivan, premisas para probar un acto contrario a la ley, para mostrar la gravedad de los delitos, para interpretar las pruebas no artísticas (para la ley, los testigos, los contratos, las torturas, los juramentos. A estos últimos los llama Aristóteles argumentos no técnicos o extrarretóricos.) op. cit., pp. 53-57.

17. II 1, 1377b 20-21.

18. HILL, cit., p. 63.

Llegamos así a lo que Aristóteles denomina los lugares comunes a los tres géneros discursivos¹⁹. Estos son: lo posible y lo imposible, la magnitud, el entimema y el ejemplo. Trata lo posible y lo imposible, porque considera que a través del discurso “han de intentar probar los unos que así será y los otros que así sucedió”, estableciéndose una serie de tópicos para probar estos extremos al igual que para probar hechos pasados y hechos futuros. Es la magnitud o tópico de engrandecimiento y empequeñecimiento un lugar común “pues todos se sirven de rebajar y aumentar, lo mismo persuadiendo que encomiando o vituperando y acusando o defendiendo”.

El entimema y el ejemplo son en realidad las principales formas (lógicas) que adoptan los argumentos retóricos, y que son comunes a los tres géneros. El ejemplo es de dos especies: de cosas que han sucedido y de cosas inventadas (acontecimientos reales y ficticios). Es una especie de inducción que se emplea particularmente frente a la asamblea, es decir, en la oratoria deliberativa. Se ha señalado a propósito del ejemplo como especie de inducción, que, pese a consistir en extraer una afirmación general de casos particulares, de acuerdo a la cual se juzgaría otro caso particular, este argumento va “de un acontecimiento particular a otro particular”, y se agrega que esto se llama, en la terminología moderna, “argumento por analogía”²⁰.

El entimema²¹ es una variedad del silogismo, que “emplea probabilidades y signos”. Se llega a una conclusión a partir de premisas probables (y no sólo necesarias como en el caso del silogismo propiamente tal)²². El método de selección de las premisas corresponde al de lugares o tópicos donde se encuentra desarrollado de antemano lo que es posible y más oportuno para cada asunto²³. Los entimemas son de dos especies: demostrativos y confutativos (o constructivos y refutativos). Se da una larga enumeración de los lugares comunes en los que están contenidos los entimemas demostrativos en II 23. El adagio, sentencia o máxima, es decir, una aseveración sobre lo universal, tratado en II 21, se considera como una ‘parte’ del entimema, o perteneciente a su clase²⁴.

19. II, 18. RACIONERO no dice que lo posible y lo imposible es un lugar absolutamente común, que pertenecería a la *Topica maior*. Sería un mecanismo de control de las condiciones generales de los enunciados empleados por el orador. El entimema y el ejemplo, en tanto modelos retóricos de razonamiento o pruebas demostrativas, pertenecerían a la *Topica minor*. Vid. ARISTÓTELES, *Retórica*, ed. Racionero, op. cit., notas 218 y 219 al Libro II.

20. HILL, op. cit., p. 79.

21. El entimema, comúnmente considerado un silogismo truncado o incompleto, es un silogismo retórico cuya nota característica es el empleo de premisas sólo probables. Vid. ARISTÓTELES, *Retórica*, ed. Racionero, op. cit., nota 16 al Libro I.

22. II 1396a 3-4, 135a 31-32.

23. II 22, 1396b 1-3.

24. II 20, 1393 25-26.

Antes de tratar la refutación, Aristóteles señala que, como es del caso que existan entimemas que no son tales, pero que lo parecen, es necesario enumerar los tópicos de dichos entimemas aparentes (II 24) En relación con la refutación, se dice que "se puede refutar o bien haciendo un silogismo contrario, o bien aduciendo una objeción"²⁵. La oposición a un silogismo se hace a partir de los mismos lugares que los entimemas demostrativos; las objeciones, por su parte, se aducen de cuatro modos: de lo mismo, de lo contrario, de lo semejante, y de cosas juzgadas.

Sin perjuicio de que se trate el ejemplo y el entimema como lugares comunes a los tres tipos de oratoria, en varios pasajes Aristóteles señala que se puede reconocer que existen argumentos que son más propios de cada género. De esta forma, el encarecimiento o amplificación lo serían del género epidíctico, el entimema del judicial, y el ejemplo del deliberativo²⁶.

Caben algunas reflexiones en torno a lo expuesto hasta ahora. En primer término, a propósito de la clasificación de los auditorios y sus particulares medios persuasivos, volvamos un momento a la concepción de los lugares comunes. Aristóteles, con respecto al recurso a los lugares comunes como depositarios de argumentos a los que el orador debe recurrir para fundamentar su discurso, nos dice que, si bien existen lugares comunes a las tres clases de discurso, estos son los menos, y el orador debe examinar por ende, aquellos particulares de la materia de que se trate. De ahí que llame "'especiales' a las premisas específicas en cada género particular y 'lugares' a los que son comunes igualmente a todos"²⁷.

Esta distinción, y en particular el énfasis en el recurso a las premisas 'especiales', hace pensar en que Aristóteles reconocería 'retóricas particulares' en cada uno de estos tres géneros, gobernadas por reglas argumentativas propias. Con la expresión 'retórica particular' se quiere poner de relieve que no existirían factores o elementos comunes a los tres tipos de oratoria, o que al menos tendrían escasa influencia. Sin embargo, creemos que junto a estas reglas particulares, Aristóteles no prescinde de elementos comunes, toda vez que da ciertas reglas genéricas de argumentación retórica, como lo serían las referencias al uso de reglas de la lógica (a través de las formas del entimema y el ejemplo), a la ética, a la influencia del carácter y de las pasiones, y a la expresión y partes del discurso de que trata el Libro III. Es decir, existen reglas generales a la argumentación retórica cualquiera sea el auditorio frente al cual se lleve a efecto el discurso, y reglas particulares relativas a la materia propia de cada uno de los discursos oratorios.

25. II 25, 1402 a 31-32.

26. Así lo hace, por ejemplo, en I 9, 1368a 25-33, y ya recapitulando al final del Libro III, Capítulo 17 1417b 21 - 1418 a 5.

27. I 3 1358 a 30-33.

Lo cierto es que el método de selección de premisas o enunciados persuasivos a que debe recurrir el orador es el de los "tópicos" o "lugares", sean especiales o comunes. Racionero nos dice que "esta búsqueda incesante de los materiales y elementos 'pertinentes' de la persuasión tiene por objeto hacer posible el control racional de las instancias objetivas y subjetivas por las que los hombres se mueven en la elección de esos actos". Los tópicos o lugares comunes, en tanto argumentos, cuentan con un cierto reconocimiento, que puede "deberse a imperativos de la misma lógica o del lenguaje, al consenso social, al sentido común"²⁸. No se trata simplemente de premisas escogidas al azar, sino de premisas probables, que se encuentran gobernadas por las reglas de la lógica, y en la medida en que son empleadas por los oradores de la época, son conocidas por los oyentes, y gozan de una presunción de plausibilidad, aceptabilidad o rectitud. Los lugares comunes se encuentran dentro de lo plausible, de lo que es objeto de opinión común, que puede ser identificado con lo probable, esto es, con lo que sucede la mayoría de las veces, en tanto es reconocido por la mayoría o por los más sabios²⁹. El recurso a los lugares, por tanto, trata de revestir a priori el argumento que de él deriva de cierta aceptación por parte de la comunidad.

Por otra parte, los fines de la argumentación se estructuran igualmente a partir de los tres géneros oratorios y a partir de ellos "queda formalizada una red o trama estructural en la que se objetivan sistemáticamente los lugares de persuasión". De los lugares de persuasión de estos fines, esto es, lo conveniente o perjudicial, lo bello o vergonzoso y lo justo o injusto, según se trate del género deliberativo, epidíctico o forense, respectivamente, "se obtienen enunciados persuasivos para, en cada caso, el consejo o la *disuasión*, el *elogio* o la *censura* y la *acusación* o la *defensa*"³⁰.

Siguiendo con las reflexiones en torno a los medios de persuasión, el recurso a las pasiones es, junto con el Libro III referido a la expresión, forma y organización del discurso, el blanco de las críticas más usuales dirigidas hacia la retórica. Al inicio de su obra, Aristóteles critica a los tratadistas que le han precedido por haber sólo intentado influir en las pasiones de los jueces, despreocupándose del aspecto central de la argumentación dirigida al juez, que serían los entimemas:³¹ "lo único que es propio del arte son los argumentos retóricos -...- y andan tratando en lo más acerca de las cosas exteriores al asunto, porque la odiosidad en la compasión y la ira y tales emociones del alma no afectan al asunto, sino al juez". Concluye diciendo que "no se debe torcer al juez llevándolo a la ira o al odio o a la compasión, ya que sería lo mismo que si alguien torciera la regla de que ha de servirse". Más adelante, en el

28. GARCÍA AMADO, Juan. *Teorías de la Tópica Jurídica*, Madrid, Civitas, 1988, p. 61.

29. RACIONERO, *Introducción, traducción ...*, op. cit., p. 34. Esta opinión generalmente admitida es la *éndoxos*. Vid. también I 2, 1357a 34-35, y nota 58 al Libro primero de la edición de la *Retórica* de este mismo autor.

30. RACIONERO, *Introducción, traducción ...*, op. cit., p. 51.

31. I 1, 1354a 12 - 26.

capítulo segundo, y a propósito de los argumentos propios del arte, señala que hay unos que consisten en poner en cierta disposición al oyente, únicos atendidos por los tratadistas, señalando que “no concedemos igual nuestra opinión con pena que con alegría, ni con amor que con odio”³², reservándose el análisis de los afectos y pasiones para los once primeros capítulos del Libro II. Parece entonces extraño que primeramente rechace de manera absoluta los afectos como prueba de persuasión, toda vez que están fuera del asunto mismo y, por tanto, son difícilmente controlables lógicamente por los lugares comunes, y en el capítulo II los admita, junto al talante o carácter del orador, dándoles un tratamiento bastante extenso a las pasiones³³. En el Libro III, Capítulo 17, por su parte, se admite el recurso al carácter o “ethos” del orador, sólo “si no se tienen entimemas”³⁴. Algunas de estas aparentes contradicciones han sido explicadas por los autores relacionándolas con la discontinuidad temporal en la redacción de las distintas partes del texto, algunas de las cuales pertenecerían a la ‘Primera Retórica’³⁵.

Lo cierto es que, en definitiva, la obra, tal como nos ha llegado, constituye un solo estudio sobre la retórica. Desde esta perspectiva, se podría entender que Aristóteles va integrando paulatinamente distintas consideraciones a las que debe atender el orador. Si bien el primer centro lo constituye la consideración a la materia de que se trate y al uso de pruebas de raíz lógica, donde la bondad de la argumentación no se encuentra relacionada con las pasiones, incorpora posteriormente estas cuestiones y las relativas al carácter del orador, el cual, para obtener el apoyo a la tesis sostenida, se dispondrá a crear - por medio del discurso- estados de ánimo que encaminen al oyente a la adhesión. Es pues, un planteamiento complejo de la argumentación retórica, compuesto por la consideración del asunto del discurso, el talante del orador y los factores emocionales. Estos factores se encuentran sometidos por igual a ciertos cánones lógicos que atraviesan la obra, permitiendo la argumentación retórica “subsumir metódicamente los factores emocionales de la persuasión en los márgenes estrictos de aquel canon lógico (lógico-retórico)”³⁶.

32. I 2, 1356a 14-19.

33. RACIONERO, *Introducción, traducción ...*, cit., p. 49.

34. III 17, 1418b 1-3.

35. Para un estudio detallado de este punto, vid. RACIONERO, *Introducción, traducción ...*, op. cit., p. 46 y ss. *La Retórica* comprendería dos libros que luego se habrían unido: la *téchne rhetoriké* (que correspondería a los Libro I y II) y el *peri léxeos* (que correspondería al Libro III). A su vez, los Libros I y II serían el resultado de dos modelos de retórica, cuya redacción estaría separada por un período de aproximadamente 20 años. El primero es aquel modelo lógico de los tópicos, de una argumentación puramente racional para lograr la persuasión centrada sólo en el *pragma* o materia del asunto. El segundo modelo, por su parte, incorpora el recurso al carácter del orador y a las pasiones del oyente, haciéndolos inseparables de la materia. La fusión de estos dos modelos, y la incorporación de un tercer libro que tratase las formas de expresión y partes del discurso, sería producto de una sistematización dada por el propio Aristóteles, según la opinión de autores como Racionero, y de una comprensión global de sus estudios sobre la argumentación retórica.

36. *Ibidem*, p. 111.

En segundo lugar, nos parece que la retórica es una ciencia que no se encuentra escindida de la ética en la obra de Aristóteles. La acusación que Platón hace en el *Gorgias* a la retórica es que “enseña a los hombres a elegir entre distintas opciones con el sólo propósito de aumentar el placer y reducir al mínimo el dolor, que el bien no es nunca fin de la retórica”³⁷. Sin embargo, afirmar actualmente esto de la teoría retórica de Aristóteles sería ignorar la teoría ética que la inspira o parcelar el pensamiento del filósofo en casillas independientes. Aristóteles nos dice que el objeto de la elección racional es el bien, siendo el de más alta jerarquía la felicidad. El hombre virtuoso es el que elige de acuerdo con la virtud. Esto se ve corroborado en varios pasajes. Así, nos dice con respecto a la argumentación deliberativa, que “la deliberación es un apetito del bien, pues nadie quiere sino lo que cree bueno”³⁸. Y que el fin del discurso es la búsqueda de lo justo³⁹, que se puede especificar en los extremos positivos del binomio de fines más arriba enunciados: “según cada uno de los géneros es la bondad el fin, por ejemplo, lo conveniente y lo noble y lo justo”⁴⁰.

García Amado señala que el llamado ‘dilema ético’ de la *Retórica* de Aristóteles consiste en determinar “hasta qué punto es compatible el logro de los fines de convencimiento o persuasión con el respeto a la verdad y a la libertad de juicio, con los postulados éticos”⁴¹. Frente a dicha problemática, “Aristóteles parece sentar dos límites expresos. Parece querer enfrentarse con la objeción de un posible uso desviado de poder de la retórica, al aducir que, salvo de la virtud, de todos los bienes se puede hacer mal uso, ‘pues con tales cosas cualquiera puede utilísimo sirviéndose de ellas con justicia y hacer gran daño sirviéndose con injusticia’. A ello se agrega que, para Aristóteles, los argumentos morales son superiores a los inmorales y la retórica es útil precisamente para hacer prevalecer dicha superioridad. Y la capacidad de persuadir valiéndose de los distintos recursos de la retórica no tiene que ser entendida como habilitación para hacer de ellos cualquier uso, sino como conocimiento necesario para contrarrestar los usos contrarios a lo verdadero y lo bueno”⁴². Estas reflexiones denotan la complejidad de la comprensión global de la obra que en un principio apuntamos, y expresan las precauciones que debemos tener al aproximarnos al texto, y la necesidad de su lectura sistemática.

Finalmente, queda por determinar si la argumentación retórica de Aristóteles, al centrarse en auditorios particulares y concretos, y al destacar el empleo de premisas

37. HILL, op. cit., p. 57.

38. I 10, 1369 a 4-5.

39. ARISTÓTELES nos dice al respecto “lo justo es lo que hay que buscar con el discurso y nada más”. III 1 1404a 3.

40. II 20 1393 a 15-16.

41. GARCÍA AMADO, op. cit., p. 54.

42. *Ibidem*, pp. 55-56.

específicas para cada uno, pretende ser universal y razonable. La reducción de los auditorios a los tres géneros oratorios, si bien parece restrictiva en un principio, es una clasificación que abarca un sinnúmero de situaciones que pueden reconducirse a dichos géneros, que, por lo demás, dan cuenta de los destinatarios frecuentes de discursos en su época. La estructura formal de los razonamientos a través del ejemplo y del entímema (especies de inducción y silogismo respectivamente) sí parece ser un aspecto que pretende dar una regla general aplicable a cualquier tipo de auditorio particular para asegurar la racionalidad del argumento. García Amado ha dicho que se trata de un modelo "que combina diversos grados de abstracción", para señalar que en el nivel superior aspira a esta corrección formal y en el inferior a lograr la efectividad del discurso, su adhesión⁴³. Nos dice más adelante que Aristóteles en su obra entrecruza, por un lado, "el diseño de un modelo de retórica ideal, para una sociedad también ideal y regida por los principios de una ética racional y de un sistema jurídico perfecto, y por otro lado, la necesidad de dotar a la disciplina retórica de una utilidad inmediata, como guía para una práctica oratoria que transcurre en la sociedad real, la cual dista de coincidir con aquel ideal a que se aspira"⁴⁴. Nuevamente se reflexiona sobre la base de un planteamiento general de la filosofía de Aristóteles que comprende una teoría ética y política de carácter ideal. Un modelo de retórica ideal podría ser aquel que aspira la adhesión de una sociedad ideal construida en torno a estos ideales éticos y políticos. Será también una sociedad universal, en tanto que todos los hombres que la integren se conducirán de acuerdo con dichos ideales, siendo su comportamiento, por tanto, racional. Esto, sin embargo, no fue objeto de una construcción explícita por Aristóteles, por lo que sólo podemos decir que es una interpretación de la argumentación retórica sobre la base de la comprensión global de su obra.

4. El Autorio en Perelman

En su *Tratado de la Argumentación*⁴⁵, Perelman comienza señalando que se hace necesario complementar la lógica formal con una teoría de la argumentación que dé cuenta de "la deliberación producida en toda elección o determinación de lo preferible, aceptable y razonable"⁴⁶. Esta nueva teoría de la argumentación,

43. *Ibíd.*, p. 53.

44. *Ibíd.*, p. 57.

45. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucy. *Tratado de la Argumentación*. La nueva retórica. Segunda reimpresión. Traducción de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 2000, p. 42.

46. MANASSERO, María de los Ángeles. *De la argumentación al derecho razonable. Un estudio sobre Chaïm Perelman*. Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, 2001, pp. 182-183. PERELMAN, *Tratado...*, op. cit., p. 42.

que nuestro autor denominará la 'Nueva retórica'⁴⁷, tendrá por objeto "las técnicas discursivas que permiten provocar o aumentar la adhesión de las personas a las tesis presentadas para su asentimiento"⁴⁸, adhesión que, dada la naturaleza probable de las premisas, 'puede ser de intensidad variable'⁴⁹.

Estas personas cuya adhesión se persigue serán un elemento esencial para el desarrollo de su teoría, toda vez que se parte de la premisa de que "toda argumentación se desarrolla en función de un auditorio"⁵⁰. En este orden de ideas, sólo se ocupará de los "medios discursivos que sirven para obtener la adhesión del auditorio, -...-, que emplea el lenguaje para persuadir y convencer"⁵¹. Con lo expuesto, cobra sentido la sutil precisión de que "en la teoría de la argumentación el auditorio no se define como el conjunto de aquellos que escuchan el discurso sino más bien como el conjunto de aquellos a quienes se dirige el esfuerzo de persuasión"⁵². Perelman emplea la terminología discurso, orador y auditorio para referirse respectivamente a la argumentación, el que la presenta y aquellos a quienes va dirigida⁵³.

Dado que toda argumentación "pretende la adhesión de los individuos, ... supone la existencia de un contacto intelectual"⁵⁴ referido a la formación de una 'comunidad intelectual' dentro de la cual se esté de acuerdo en llevar a cabo el discurso y se comparta como mínimo un lenguaje común. Se presuponen también otros elementos como el que la argumentación no sea ni apremiante ni arbitraria, sino que deje espacio a la deliberación y elección libre, y que emplee medios o técnicas discursivas (de enlace y de disociación) para persuadir y convencer.

Una primera definición de auditorio dispone que es "el conjunto de aquellos en quienes el orador quiere influir con su argumentación"⁵⁵. El auditorio se presenta como una construcción del propio orador⁵⁶, según la idea que éste se forma de la

47. VEGA sintetiza a este respecto diciendo que "esta nueva retórica se sitúa en el terreno de la elección razonable de una opción sobre la base de la deliberación y la prudencia. Dentro de este terreno, el tipo de discurso más relevante es el de la argumentación suasoria, dirigida a mover el ánimo de un auditorio en la dirección pretendida por un orador – puede ser *orador* un hablante o autor cualquiera, y *auditorio*, un interlocutor, un lector o un determinado público-." VEGA REÑÓN, Luis. *Si de argumentar se trata*, España, Montesinos, 2003, p. 14.

48. PERELMAN, *Tratado...*, op. cit., p. 34 y 91.

49. PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Primera reimposición Traducción de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1988, p. 140.

50. PERELMAN, *Tratado...*, op. cit., p. 36.

51. *Ibídem*, p. 39.

52. PERELMAN, *La lógica jurídica...*, op. cit., p. 162.

53. PERELMAN, *Tratado...*, op. cit., p. 38.

54. *Ibídem*, p. 48.

55. *Ibídem*, p. 55.

56. "El presunto auditorio siempre es una construcción más o menos sistematizada". *Ibídem*, p. 55.

encarnación de la razón, de la racionalidad, en seres determinados. La problemática que presenta esta construcción es que el auditorio “tendrá la extensión que quiera darle el orador en su afán de persuadir”⁵⁷.

La distinción entre persuasión y convicción se efectúa sobre la base del tipo de auditorio que preste su adhesión a la tesis, con lo cual surge una clasificación entre auditorio particular y universal, que más adelante retomaremos. Al efecto, se señala que se llamará *persuasiva* “la argumentación que sólo pretende servir para un auditorio particular, y nominar *convinciente* a la que se supone que obtiene la adhesión de todo ente de razón”⁵⁸. No estamos de acuerdo con que este matiz entre persuadir y convencer sea mínimo, como señala el propio autor. Las diferencias de tratamiento entre estos dos auditorios dentro de la obra de Perelman terminan casi desestimando por completo su noción de auditorio particular. La distinción entre persuadir y convencer se efectúa precisamente para salvar las deficiencias de aquél⁵⁹.

Ahora bien, el hecho de que el orador construya o delimite el auditorio hace que sea indispensable que tenga conocimiento de las personas cuya adhesión pretende. El conocimiento de los integrantes del auditorio, en particular de sus convicciones y creencias, le permitirá adaptar su discurso a las premisas compartidas por ellos para lograr su adhesión. En este sentido, “un discurso sólo es eficaz si se adapta al auditorio al que se trata de persuadir o de convencer”⁶⁰. Conocimiento, adaptación y adhesión son elementos indisolubles para que el orador sea eficaz en sus propósitos. Perelman llega a afirmar que sólo existe esta regla, esto es, “la adaptación del discurso al auditorio, cualquiera que sea; pues el fondo y la forma de ciertos argumentos que son apropiados en ciertas circunstancias pueden parecer ridículos en otras”. A partir de esta afirmación, ha dicho algún autor que para Perelman no existe una distinción clara entre fondo y forma del discurso⁶¹, toda vez que son sólo las particularidades de cada auditorio las que deben servir de guía al orador para construir los argumentos

57. MANASSERO, op. cit., p. 191.

58. PERELMAN, *Tratado...*, op. cit., p. 67.

59. Con respecto a la distinción entre persuasión y convicción, Vega agrega que se puede todavía distinguir entre argumentación ‘eficaz’, ‘válida’, ‘persuasiva’ y ‘convinciente’. “Eficaz, si tiene éxito dirigiéndose a un auditorio concreto y obrando conforme con lo considerado normal en este marco. Válida, si tiene éxito dirigiéndose a un auditorio universal formado por un tipo de agentes que se supone inteligentes, competentes y razonables, obrando conforme a -...- (la) norma general de razonabilidad. Persuasiva, que sólo alcanza a influir en un auditorio particular. Convinciente, la que logre triunfar ante un auditorio universal.” VEGA, *Si de argumentar...*, pp. 147-148. Vid. también PERELMAN, *Tratado...*, op. cit., p. 703; infra p. 15; y ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 164.

60. PERELMAN, *La lógica jurídica...*, op. cit., p. 141.

61. MANASSERO, op. cit., p. 192.

y lograr la adhesión. Incluso se señala, condensando las ideas antes expresadas, que “lo importante no está en saber qué es lo que el mismo orador considera verdadero o convincente, sino cuál es la opinión de aquellos a quienes va dirigida la argumentación”⁶².

Perelman, desde otra perspectiva, distingue tres clases de auditorios:⁶³ el auditorio universal, “constituido por toda la humanidad o, al menos, por todos los hombres adultos y normales”, es decir, por todo ser dotado de razón; un segundo auditorio es el de un único interlocutor de un diálogo; y el tercero es el propio sujeto, cuando se trata de la deliberación con uno mismo sobre actos propios. De estos auditorios, trataremos sólo el universal, por ser al que más se refiere Perelman y por ser más pertinente con lo que quiere aquí resaltar.

El conocimiento que el orador debe tener de sus destinatarios no es verdaderamente posible tratándose del auditorio universal, toda vez que no se trataría de un auditorio delimitado ni concreto⁶⁴. Si bien se sostiene que el orador debe conocer al menos las “posiciones del auditorio respecto del tema abordado”⁶⁵, la imposibilidad empírica de hacerlo hace que, en sentido estricto, el orador sólo se vea obligado a conocer el auditorio particular, y respecto del universal sólo le quede partir de hipótesis o presunciones de lo que podría ser admitido por sus miembros⁶⁶.

La variedad infinita de los auditorios constatada por el autor del *Tratado*, lo lleva a sostener que sería de enorme interés una “técnica argumentativa que se impusiera indiferentemente a todos los auditorios compuestos por hombre competentes

62. PERELMAN, *Tratado...*, op. cit., p. 61.

63. *Ibidem*, p. 70. Como constata Manassero, el auditorio universal ha sido definido de diversas formas por Perelman. Vid. MANASSERO, op. cit., p. 194.

64. Perelman señala, no obstante, que “el auditorio universal es, como los demás (particulares) un auditorio concreto, el cual se modifica con el tiempo con la idea que de él se forme el orador”. PERELMAN, *Tratado...*, op. cit., p. 742. Se pone de manifiesto aquí por los críticos la contradicción interna de la noción de auditorio universal. Por una parte, nos dice este autor que está formado por el conjunto de seres humanos dotados de razón, lo que parece comprender a los hombres de todos los tiempos y lugares, caso en el cual sería de naturaleza ideal, pero al mismo tiempo en otros pasajes lo vincula a un momento histórico, social y cultural determinado. Aun más, parece que dicha noción varía no sólo de cultura en cultura, sino que de individuo en individuo (orador): “cada cultura, cada individuo posee su propia concepción del auditorio universal”. *Ibidem*, p. 75. Aarnio ha señalado que es dudoso de que “pueda la audiencia ser al mismo tiempo universal y estar sujeta a hechos contingentes” AARNIO, *Lo racional como razonable...*, op. cit., p. 281. Vid. *infra* notas 67, 68 y 72.

65. PERELMAN, *La lógica jurídica...*, op. cit., p. 154.

66. “El que ignora las opiniones y las convicciones de aquellos a quienes se dirige podrá, si su auditorio se reduce a una persona o a un pequeño número de personas, asegurarse, por el método de las-preguntas y las respuestas, que es el método socrático de la mayéutica, sobre cuáles son las tesis admitidas por sus interlocutores, pero si las condiciones no son tales y el orador no puede proceder de esta manera, está obligado a partir de hipótesis o de presunciones sobre qué es lo que el auditorio admite”. *Ibidem*, p. 154.

o razonables. La búsqueda de una objetividad, cualquiera que sea su naturaleza, corresponde al ideal, al deseo de trascender las particularidades históricas o locales de forma que todos acepten las tesis defendidas⁶⁷. A este respecto, nos dice que “una argumentación dirigida a un auditorio universal debe convencer al lector del carácter apremiante de las razones aducidas, de su evidencia, de su validez intemporal y absoluta, independientemente de las contingencias locales o históricas⁶⁸. La noción de auditorio universal, que se funda en la capacidad de razonar de los seres que lo componen, viene en rescate de la deseada objetividad, tras aprobar unánimemente las tesis razonables que se sometan a su decisión. Sin embargo, “no se trata de un hecho probado por la experiencia, sino de una universalidad y de una unanimidad que se imagina el orador, del acuerdo de un auditorio que debería ser universal⁶⁹. La superioridad de la adhesión de un auditorio universal a la tesis sostenida por el orador deriva del hecho de que se hace una llamada a la razón, utilizando argumentos que desde el punto de vista teórico serán admitidos por todo ser razonable⁷⁰ y competente en la materia. Al no ser verificable empíricamente dicha adhesión, se sostiene que el “acuerdo de un auditorio universal no es una cuestión de hecho, sino de derecho⁷¹”.

Ahora bien, lo cierto es que este auditorio universal en Perelman consiste en una representación mental de un conjunto de hombres dotados de razón que comparten un momento histórico, social y cultural determinado⁷², con lo cual coexistirían en dicha noción la universalidad y la contingencia, que, como ya hemos señalado, constituiría para algunos una contradicción insostenible⁷³. Por una parte, Perelman intenta objetivar la noción de auditorio exigiendo que los seres que lo conforman sean racionales, pero por otra parte, el auditorio en tanto construcción del orador, adquiere un carácter subjetivo insalvable. Incluso podría afirmarse que el razonamiento es circular, ya que el orador construye un auditorio universal al que le asigna el carácter de razonable, y la adhesión o aceptación de este auditorio es condición de la razonabilidad del discurso sometido a su aprobación; en último término, es el propio orador el que autodeterminaría el carácter razonable de su argumentación.

67. PERELMAN, *Tratado...*, op. cit., p. 65. La búsqueda de objetividad, o lo que es lo mismo, la pretensión de universalidad, en tanto sustituto filosófico del acuerdo de la comunidad científica, es, para Perelman, “el elemento caracterizador, de una argumentación filosófica identificada como argumentación racional”. MANASSERO, op. cit., p. 128.

68. PERELMAN, *Tratado...*, op. cit., p. 72. Se dice, en igual sentido, que el auditorio universal “representa el máximo grado de racionalidad al cual pueden aspirar las argumentaciones sin sacrificar la historicidad a que está sujeto todo conocimiento”. MANASSERO, op. cit., p. 146.

69. PERELMAN, *Tratado...*, op. cit., p. 72.

70. PERELMAN, *La lógica jurídica...*, op. cit., p. 142.

71. PERELMAN, *Tratado...*, op. cit., p. 72.

72. “La adhesión del auditorio que reúne o representa el conjunto total de convicciones, tradiciones, esquemas de pensamiento, implica la máxima calificación de racionalidad de las tesis adherida y éste es el ya mencionado auditorio universal”. MANASSERO, op. cit., p. 143.

73. Vid. supra nota 64.

A esta noción abstracta de auditorio universal, Perelman agrega dos materializaciones de la misma, que son "la élite" y el "auditorio científico". Con respecto a la élite, cabe señalar que surge en los casos en que no resulta convincente una argumentación dirigida al auditorio universal, pese a que debería serlo. En este caso, "se debe emplear otra argumentación y oponer al auditorio universal un auditorio de élite dotado con medios de conocimientos excepcionales e infalibles"⁷⁴. La primacía de la convicción del auditorio de élite frente a la no convicción del auditorio universal, revela que el primero se encuentra en un nivel jerárquicamente superior al segundo. El auditorio científico, o de hombres de ciencia, por su parte, sería un tipo de auditorio especializado que "se asimila voluntariamente al auditorio universal" en el cual un científico se dirige a sus iguales, quienes, pese a constituir un auditorio concreto, son considerados por el orador como un verdadero auditorio universal, compuesto por 'todos los hombres de ciencia'. Las materializaciones antes expuestas, en tanto referidas a la noción de auditorio universal, comparten las mismas limitaciones e imprecisiones antes dichas, a las que se les suman las derivadas de una jerarquización poco clara de esta pluralidad de auditorios y de unos límites imprecisos entre el carácter universal y concreto de la élite y el auditorio científico.

Los auditorios particulares no reciben un tratamiento sistemático en la obra de Perelman, toda vez que carecerían, al parecer, de la razonabilidad a la que aspira su teoría de argumentación. Poseen "existencia real, concreta"⁷⁵, y se caracterizan por el empleo de un lenguaje técnico propio, de reglas, técnicas y nociones específicas, que hacen variar la amplitud, método y forma de la argumentación, según el auditorio particular al cual se dirige⁷⁶. Nuevamente aquí es importante que el orador tenga conocimiento de estos grupos a los que se dirige, porque precisamente los elementos en su discurso serán dependientes de sus características particulares. Perelman no nos dice cómo se constata la razonabilidad de las argumentaciones producidas frente a auditorios particulares. La persuasión, el hecho de la adhesión, inclusive si se tratara de un acuerdo unánime de los integrantes del auditorio, no implica que la decisión adoptada sea racional ni razonable. Perelman apunta este problema señalando que las argumentaciones ante estos auditorios poseen una 'debilidad relativa', toda vez que una tesis puede ser aprobada por un auditorio determinado y rechazada por otro⁷⁷. Dicha razonabilidad podría alcanzarse, en opinión de algunos, a través de la concurrencia de la aplicación de la regla de justicia, por un lado, y la consecución efectiva del acuerdo, por otro⁷⁸.

74. PERELMAN, *Tratado...*, op. cit., p. 75.

75. MANASSERO, op. cit., p. 205.

76. *Ibidem*, p. 205.

77. PERELMAN, *Tratado...*, op. cit., p. 71.

78. MANASSERO, op. cit., p. 206.

El punto de partida de la argumentación lo constituyen el acuerdo relativo a las premisas de la argumentación, la selección y la presentación de la mismas⁷⁹. Existen dos categorías de materias u objetos de acuerdo de las premisas: “una relativa a lo real, que comprendería los hechos, las verdades y las presunciones; otra relativa a lo preferible, que englobaría los valores, la jerarquía, y los lugares de lo preferible”⁸⁰. Los objetos de acuerdo relativos a lo real aspiran a obtener la adhesión del auditorio universal; los relativos a lo preferible, en tanto que tienen que ver con elecciones, sólo pueden obtener la adhesión de auditorios particulares. Tanto uno como otro tipo de acuerdos se fundan en el *sentido común*, que “consiste en una serie de creencias admitidas en el seno de una sociedad determinada, cuyos miembros suponen que cualquier ser razonable las comparte”⁸¹. Perelman vincula la idea de sentido común con la idea de razón, en tanto se trata precisamente de creencias admitidas dentro de una sociedad (auditorio) en un determinado momento⁸².

Otro concepto que es importante tener en cuenta es el de la “fuerza de los argumentos”. Perelman señala que los términos corrección o validez no son aplicables a la argumentación, toda vez que corresponden al campo de la demostración, o ámbito de lo racional, y no al campo de lo razonable de la argumentación⁸³. Lo sustituye por el de fuerza de los argumentos, concepto que, sin embargo, no llega a aclararse y es tratado de manera confusa⁸⁴.

79. PERELMAN, *Tratado...*, op. cit., p. 120. Manassero nos dice, relacionando los puntos de partida de la argumentación con el contexto social donde se lleva a efecto, que “la justificación de las decisiones, las razones que apoyan una opinión, en una palabra, la argumentación, encuentra, pues, su tesis de partida en el mismo medio que luego transforma”. MANASSERO, op. cit., p. 142.

80. PERELMAN, *Tratado...*, op. cit., p. 120. Junto a estos objetos de acuerdo, se tratan algunos propios de argumentaciones frente a ciertos auditorios particulares, ejemplificándose al respecto. Algunos de los rasgos distintivos de estos auditorios particulares serían el “uso de un lenguaje técnico que les es propio”, el uso de nociones como evidencia o hecho, el empleo de definiciones, la existencia de pruebas específicas para dicho auditorio, entre otros. Vid. *ibídem*, p. 169 y ss.

81. *Ibídem*, p. 169. Vega nos dice que el auditorio “es, en principio, una construcción o prospectiva del orador: el conjunto de personas sobre las que el orador pretende influir por medio del discurso argumentativo. Constituye, por ende, un marco de referencia de creencias y actitudes a las que ha de acomodarse su discurso a fin de alcanzar el objetivo suasorio pretendido. Representa, en fin, una especie de parámetro para juzgar sobre el índole y alcance de la argumentación”. VEGA, op. cit., pp. 147-148.

82. “La idea de razón, sobre todo en sus aplicaciones prácticas, liga con lo que es razonable creer y tiene indiscutibles lazos con la idea de sentido común”. PERELMAN, *La lógica jurídica...*, op. cit., p. 155.

83. MANASSERO, op. cit., p. 214. Si bien muchas veces los términos se utilizan en forma indistinta, lo racional tiene que ver con la demostración lógica y lo razonable con la argumentación. Estos conceptos no se precisan en el Tratado, sino que habría que definirlos desde una concepción global de su obra. Desde este prisma, Manassero señala que para Perelman la diferencia entre lo racional y lo razonable sería una de grado, específicamente, de grado de certeza, mas no de naturaleza. *Ibídem*, p. 240.

84. Vid. las críticas de ATIENZA, *Las razones del derecho...*, op. cit., p. 82 y ss. y de MANASSERO, op. cit., p. 214 y ss.

A propósito de la noción de fuerza de los argumentos, nos dice que está vinculada “por una parte, a la intensidad de la adhesión del oyente a las premisas; por otra, a la relevancia de los argumentos dentro del debate en curso ... también se manifiesta tanto en la dificultad que supondría rechazarlo como en sus propias cualidades. La fuerza de los argumentos, pues, variará de acuerdo con los auditorios y el objetivo de la argumentación”⁸⁵. Conceptos como intensidad de la adhesión y resistencia a las objeciones se reiteran como elementos indispensables en esta noción, cuyo poder, según el propio Perelman, no se puede calcular, “pues en él interviene un elemento normativo que puede considerarse como una de las premisas de la argumentación o que, al menos, es inseparable de la noción de poder”⁸⁶. Y se pregunta a continuación si la fuerza de los argumentos constituye un rasgo descriptivo o normativo⁸⁷, donde el estudio de la misma correspondería en el primer caso a la psicología, y en el segundo, a la lógica. Los rasgos descriptivo y normativo se relacionan, respectivamente, con el argumento eficaz, ‘que determina la adhesión del auditorio’, y con el argumento válido, que debería determinar dicha adhesión⁸⁸.

A continuación, Perelman, apuntando la distinción entre argumentos fuertes y argumentos débiles, nos señala que la fuerza de los argumentos se aprecia “gracias a la regla de justicia: lo que en cierta situación ha podido convencer, parecerá convincente en una situación semejante, o análoga ... (y) depende en gran medida de un contexto tradicional”⁸⁹. La regla de justicia, según la cual “seres de una misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera”⁹⁰, es, en este sentido, el correlato del principio de inercia⁹¹, regla de la carga de la argumentación, que consiste precisamente en que puede contarse con lo normal, habitual, real y actual (trátese de una situación existente, una opinión admitida y estado de desarrollo continuo y regular), debiendo justificarse el cambio⁹².

El auditorio jurídico, en tanto auditorio particular, es tratado en su obra *Lógica Jurídica y la Nueva Retórica*. Partiendo de los mismos presupuestos que los del *Tratado*, considera especialmente la argumentación que llevan a cabo los abogados para lograr la adhesión del juez a lo por ellos defendido, y la que lleva a cabo el propio juez, al

85. PERELMAN, *Tratado...*, op. cit., pp. 700-701.

86. *Ibidem*, p. 703.

87. *Ibidem*, p. 703.

88. *Ibidem*, p. 703. Vid. *Supra* nota 59.

89. *Ibidem*, p. 705.

90. *Ibidem*, p. 340.

91. *Ibidem*, p. 340.

92. *Ibidem*, p. 178. Esta racionalidad del principio de inercia es, en todo caso, relativa a un orden establecido, a una tradición o a un conjunto de valores admitidos dentro del contexto social. MANASSERO, op. cit., p. 220.

resolver el asunto, y dirigida a lograr la adhesión no sólo de las partes, sino también de la dogmática jurídica y de la opinión pública⁹³.

El rol de orador y de auditorio dependerán de la etapa en que se encuentre el proceso⁹⁴. Los abogados serán primeramente oradores frente al juez o tribunal (presentaciones y alegatos durante el curso del proceso), aunque también aspiran a lograr la adhesión de los tribunales superiores y de la opinión pública. En su intento de persuadir, o de que su tesis sea admitida, se adaptará al auditorio según el conocimiento que tenga sobre las premisas compartidas, principalmente, por aquellos de quienes depende la solución del proceso. El abogado debe lograr la adhesión del juez "mostrándole que tal adhesión está justificada, porque la aprobarán las instancias superiores y la opinión pública. Para conseguir sus fines, el abogado no partirá desde unas verdades (axiomas) hacia otras verdades a demostrar (teoremas), sino de unos acuerdos previos hacia la adhesión a obtener", acuerdos previos que recaerán en los hechos que no sean discutidos, luego en las presunciones, y paulatinamente mientras se avanza en el juicio, sobre valores, jerarquías de valores y lugares comunes que la propia sociedad reconoce⁹⁵.

La argumentación que se lleva a cabo ante un jurado será diferente a la que se lleve a cabo ante jueces profesionales, como también será diferente tratándose de un recurso de apelación que de casación, y de argumentación en materia de hechos que de derecho⁹⁶. También se señala que la partes intentarán demostrar "que la solución que se propone es la más justa, la más razonable y la que mejor responde a los intereses de la sociedad"⁹⁷. Se llega incluso a afirmar que el discurso del abogado debe adaptarse al sistema de valores compartido por los operadores jurídicos, ya que "se trata siempre de convencer al juez que tiene que resolver el conflicto de que adoptando la tesis que uno defiende, no va a adoptar una postura original, insensible a la jerarquía de valores que ha sido programada por el legislador, la jurisprudencia y la doctrina..."⁹⁸.

93. "No hay que olvidar que las decisiones de justicia deben satisfacer a tres auditorios diferentes, que son: de un lado, las partes del litigio; después, los profesionales del derecho, y, por último, la opinión pública, que se manifiesta a través de la prensa y de las reacciones legislativas que se suscitan frente a las sentencias". PERELMAN, *La lógica jurídica...*, op. cit., p. 229.

94. MANASSERO, op. cit., p. 317.

95. PERELMAN, *La lógica jurídica...*, op. cit., p. 229

96. *Ibidem*, p. 209.

97. *Ibidem*, p. 211.

98. *Ibidem*, p. 211. La tradición, en tanto elemento intersubjetivo en que se apoya la tesis propuesta, y "tal como se manifiesta a través de los procedimientos, las instituciones y la jurisprudencia" tiene mucha importancia para este autor. *Ibidem*, p. 212.

Los tribunales superiores pueden considerarse un segundo auditorio particular, en este caso de carácter especializado, al que se dirigen los abogados. La opinión pública, por el contrario, sería un auditorio no especializado⁹⁹. Manassero nos dice que existiría una duplicidad o multiplicidad de auditorios, aunque nada dice Perelman sobre la existencia de una relación jerárquica entre ellos, por lo que la razonabilidad de la argumentación requeriría la adhesión de todos¹⁰⁰.

Los jueces, por su parte, se ven obligados a motivar su fallo, motivación que aspira a la adhesión de los tres auditorios a los cuales va dirigida. El juez tratará "menos de ser breve y más de hacerse comprender", y matizará su razonamiento según los "auditorios a los que se dirige la materia tratada y la rama del derecho a la que pertenece"¹⁰¹. La labor del juez, especifica nuestro autor, consiste en conciliar las técnicas del razonamiento jurídico con la justicia o con la aceptabilidad social de la decisión¹⁰², es decir, de dar "soluciones aceptables por el medio, porque son conformes con lo que le parece justo y razonable"¹⁰³. Frente a la interrogante de "¿por qué procedimientos intelectuales llega el juez a considerar una decisión como equitativa, razonable o ejemplar, cuando se trata de nociones eminentemente controvertidas?"¹⁰⁴, constata Perelman que resulta insuficiente, a este respecto, el argumento pragmático, esto es, el que atiende a las consecuencias del razonamiento, siendo necesario atender a criterios relativos al valor moral¹⁰⁵. Se vincula así el razonamiento jurídico con el estado social de concepciones y actitudes valorativas.

Podría resumirse el papel de la argumentación dentro del sistema jurídico como lo hace el propio autor: "el derecho se desarrolla equilibrando una doble exigencia: una de orden sistemático, que es la elaboración de un orden jurídico coherente, y otra de orden pragmático, que es la búsqueda de soluciones que sean aceptables por el medio, porque son conformes con lo que le parece justo y razonable"¹⁰⁶. Lo razonable se vincula así con el consenso, y éste, en último término, con una concepción democrática del derecho¹⁰⁷.

99. MANASSERO, op. cit., p. 318.

100. *Ibidem*, p. 319.

101. PERELMAN, *La lógica jurídica...*, op. cit., p. 207.

102. *Ibidem*, p. 20.

103. *Ibidem*, p. 228. En otro lugar nos dice que "la motivación se adaptará al auditorio que se propone persuadir, a sus exigencias en materia de Derecho, de justicia, a la idea que posea del papel y los poderes del juez, en el conjunto de las instituciones nacionales e internacionales", concepción esta que como "varía según las épocas, los países, y las ideologías dominantes, no hay verdad objetiva en esta materia, sino únicamente una tentativa de adaptación a una situación dada". PERELMAN, Chaïm. *La motivation des décisions de justice*, En *Ethique et Droit*, Bruselas, Université de Bruxelles, 1990, p. 679, citado por MANASSERO, op. cit., p. 323.

104. PERELMAN, *La lógica jurídica...*, op. cit., p. 136.

105. *Ibidem*, p. 168.

106. *Ibidem*, p. 228.

107. *Vid.*, MANASSERO, op. cit., p. 372.

5. Aportes y Críticas

De la descripción y análisis de las nociones de oyente y de auditorio examinadas más arriba, se pueden identificar similitudes entre el tratamiento que efectúan Aristóteles y Perelman¹⁰⁸, así como puntos en que este último se aparta de la argumentación retórica configurada por el primero. Asimismo, hay ideas que sobreviven en las teorías de la argumentación jurídica posteriores, y que pueden considerarse un aporte, y otras que han sido criticadas, sustituidas, o erradicadas de ellas.

La influencia de Aristóteles en Perelman se refleja particularmente en su pretensión de lograr la adhesión de las tesis sometidas a su aprobación y en el conocimiento que el orador debe tener de los auditorios a los que se dirija. Con respecto a lo primero, ambos autores erigen la noción de auditorio en un punto central en torno al cual se desarrolla la actividad argumentativa. La justificación, la acción de dar razones, va dirigida precisamente a lograr la adhesión del auditorio. Se trata de un esfuerzo de persuasión que se da tanto respecto del oyente como del auditorio, pero que sin embargo, tiene rasgos disímiles tratándose de uno u otro, que se aprecian sobre todo en que 'lo que cabe para persuadir' está impregnado de la concepción ética del *Estagirita*, y en que las 'técnicas discursivas que permiten provocar o aumentar la adhesión del auditorio' no consideran necesariamente lo que es verdadero o convincente para el propio orador, sino para los destinatarios.

Con respecto al segundo punto, ambas nociones comprenden la idea de que el orador debe conocer a su auditorio, debe conocer las pasiones que le son propias, o las convicciones o creencias que comparten sus integrantes. Tratándose de los géneros discursivos de Aristóteles y del auditorio particular de Perelman, dicho conocimiento es en gran medida posible, no siéndolo en el caso del auditorio universal, principalmente por su carácter ideal. La pretendida contingencia, o vinculación al contexto histórico-social del auditorio universal - cuyas críticas ya hemos apuntado¹⁰⁹, tampoco asegura el conocimiento real por parte del orador, toda vez que es éste quien, al construir su auditorio universal, proyecta en él la característica de racionalidad y un conjunto de convicciones y creencias que se supondrían compartidas por sujetos insertos en dicho contexto, lo cual transforma en subjetiva la perseguida objetividad. Por otra parte, el oyente y el auditorio particular, como escenarios discursivos, requieren de argumentos que tendrán que ver con el campo temático dentro del que se lleve a

108. Perelman, no obstante, señala que sólo conserva de la retórica de Aristóteles la idea de auditorio, aserción que, tomada en forma literal, reduce la más amplia y real influencia de este último sobre Perelman. Veremos que, junto con la idea de auditorio, Perelman se nutre de otros aspectos de la teoría de Aristóteles, que son decisivos en su concepción de nueva retórica. PERELMAN, *Tratado...*, op. cit., p. 38.

109. Vid. supra nota 64.

cabo la argumentación. La obtención de argumentos se hará recurriendo a los lugares específicos, por una parte, y a los objetos de acuerdo propios de ciertos auditorios particulares, por otro.

Las principales diferencias entre la retórica aristotélica y la nueva retórica pueden resumirse en las siguientes: la "ampliación de la idea de auditorio e introducción del auditorio normativo, (la) incorporación del juicio de valor como objeto del debate retórico y (una) nueva interpretación del género epidíctico"¹¹⁰. Con respecto a la primera diferencia, Perelman no restringe la argumentación retórica a tres géneros oratorios, sino que considera todo tipo de auditorio¹¹¹. Además, incluye en los discursos oratorios la argumentación que se lleva a cabo por escrito. El número de personas que componen un auditorio podría ser uno, dos o más, no estando las dos primeras hipótesis (esto es, la deliberación con uno mismo, y la dialéctica) contempladas en la obra retórica de Aristóteles¹¹². Por último, Perelman incorpora la noción (normativa) de auditorio universal. Esta, puede decirse, es una de las grandes novedades de la nueva retórica. Se ha dicho que "esta amplificación o modificación del concepto o idea de auditorio universal implica el abandono del carácter meramente técnico de la retórica. La Nueva retórica, como Teoría de la Argumentación, busca alcanzar un plano legitimador de la misma racionalidad por la vía de la intersubjetividad, del consenso o comunión de espíritus"¹¹³. No estamos del todo de acuerdo con esta constatación, toda vez que creemos que la retórica en Aristóteles no posee un carácter meramente técnico y, por otra parte, también se encuentra orientada por una pretensión de racionalidad. Las ideas de intersubjetividad, de consenso, de comunión de espíritus, si bien no se presentan con las mismas denominaciones, ni como parámetro de racionalidad 'a posteriori' de la argumentación, sí están presentes en Aristóteles, sobre todo tratándose de los lugares comunes y lugares (comunes) específicos, que no son otra cosa que depósitos de definiciones sobre opiniones generalmente aceptadas - por encontrarse lo más saturadas posibles - por la mayoría o por los más sabios, y que constituyen las premisas que el orador debe utilizar para su discurso. Es decir, constituyen un consenso inicial que si bien no garantiza el consenso final, al menos lo facilita, al aducirse estos lugares comunes como razones en apoyo de un determinado sentido de una premisa sobre la cual no hay consenso.

110. MANASSERO, op. cit., p. 159.

111. Como hemos ya dicho (vid. supra p. 9), si bien la primera aproximación a la clasificación de los géneros oratorios de Aristóteles parece excluir muchos escenarios argumentativos, parece ser bastante omni-comprehensiva. Perelman no precisa, en este sentido, cuáles de 'todos' estos auditorios que él pretende incluir quedarían fuera de la clasificación aristotélica.

112. Creemos, no obstante, que sí lo estarían en otras obras del filósofo.

113. MANASSERO, op. cit., pp. 162-163.

De las otras dos diferencias, es importante destacar que Perelman considera que el género epidíctico estaba infravalorado en Aristóteles, y lo intenta reivindicar asignándole precisamente como objeto los juicios de valor, cuya adhesión es de intensidad variable. Señala que “el orador procura crear una comunión en torno a ciertos valores reconocidos por el auditorio, sirviéndose de los medios de que dispone la retórica para amplificar y valorar”¹¹⁴. Es cierto que Aristóteles no trata el género epidíctico con una particular extensión o detalle, pero esto se debe a que tiene una concepción distinta del mismo: lo considera como aquel auditorio espectador, que no juzga ni sobre lo futuro ni sobre lo pasado, sino sobre la capacidad del orador. Es decir, no juzga sobre las premisas, sino que sobre la bondad del talante (moral) del orador, mediante un elogio implícito que éste hace de sí mismo, haciéndolo o no digno de crédito¹¹⁵. La reivindicación perelmaniana del auditorio epidíctico se funda en una distinta concepción del mismo, precisamente al asignarle la decisión sobre los juicios de valor, campo que es de suyo complejo, por la dificultad de objetivar y de evaluar la razonabilidad de dicho objeto discursivo, cuestión que, por lo demás, no queda resuelta en Perelman.

En cuanto a las críticas, éstas apuntan a la ausencia de medios o parámetros que aseguren la racionalidad y razonabilidad de la argumentación. En Aristóteles, no encontramos parámetros claros al respecto, pese a que se establecen ciertas pautas de validez universal para la construcción de argumentos aplicables a todos los campos argumentales, como lo son la aplicación de las reglas de la lógica y el ajuste a la reglas éticas, para dotarlos de racionalidad y razonabilidad. Nada se dice, sin embargo, del control de los argumentos una vez que han sido sometidos al auditorio.

El carácter normativo del auditorio universal no ha logrado superar las críticas y, por otra parte, no se han dado pautas relativas a la razonabilidad del discurso frente al auditorio particular. Al parecer, el examen de razonabilidad o racionalidad no se lleva a efecto, sino que bastaría con que el orador se dirigiera a un auditorio universal, para que dicha argumentación adquiriera, en virtud de la calidad de sus destinatarios, la calificación de racional¹¹⁶. Con respecto al auditorio particular, como no se puede asegurar la racionalidad de sus integrantes, la persuasión o adhesión de ellos no es suficiente garantía de racionalidad ni razonabilidad de la decisión.

114. PERELMAN, *Tratado...*, op. cit., p. 99.

115. ARISTÓTELES, *Retórica*, ed. Racionero, op. cit., nota 217 al Libro I.

116. El problema de la racionalidad del auditorio universal ha sido tratado por diversos autores. Consiste básicamente en que “no hay ningún parámetro, medida o criterio exterior que permita evaluar si la concepción que alguien se hace del auditorio universal se aproxima o no a lo que debe ser; es decir, si realmente comprende la totalidad de hombres razonables. En definitiva, todo depende del filósofo-orador que, con su idea de auditorio universal, indirectamente determina cuándo una argumentación es convincente, racional”. MANASSERO, op. cit., p. 200. El problema no es sólo la ambigüedad del concepto, sino también la amplitud de su formulación.

El auditorio forense o jurídico no ha sido tratado con precisión por ninguno de los dos autores. Aristóteles parece referirlo exclusivamente al campo del derecho penal, mientras que Perelman, traspasándole sus propias críticas relativas a los auditorios particulares, parece dar recomendaciones genéricas y asistemáticas de lo que deben hacer los abogados y los jueces, con prescindencia de muchas especificidades que influyen en la argumentación jurídica, como lo son, por ejemplo, la presencia de reglas interpretativas, de reglas de solución de conflictos normativos, del carácter de la autoridad de que goza el razonamiento judicial, entre otras. Si a esto se le agrega que el orador debe adaptar su discurso a las premisas compartidas por el auditorio para asegurar su adhesión, se disuelve por completo la existencia de un parámetro objetivo de control de racionalidad. Ya hemos dicho que la adhesión de un auditorio no garantiza la racionalidad del discurso. Por otra parte, es difícil determinar el consenso o adhesión efectiva de los auditorios jurídicos a que se dirige el orador (partes, juez), sobre todo tratándose de la opinión pública o de los profesionales del derecho.

También se ha criticado la noción de fuerza de los argumentos en Perelman: "La fuerza del argumento dependería de diversos factores, como la intensidad de la aceptación por un auditorio, la relevancia del argumento para los propósitos del orador y del auditorio, la posibilidad de ser refutado (es decir, hasta qué punto el auditorio acepta ciertas creencias que permitirían refutar el argumento) y las reacciones de un auditorio considerado jerárquicamente superior (un argumento es más fuerte que otro si un auditorio cree que dicho argumento tendría más fuerza para un auditorio al que considera jerárquicamente superior)"¹¹⁷. No se suministran tampoco criterios operativos para distinguir entre argumentos fuertes y débiles.

Los principales aportes de la teoría retórica de Aristóteles se refieren a que destaca dos cuestiones, que aunque parezcan triviales, son la clave para las construcciones teóricas posteriores en la materia: la *comunicabilidad* de lo que dice el orador a su auditorio, y el hecho de que los discursos se refieren a opiniones (*dóxai*)¹¹⁸. A esto hay que agregar que la argumentación retórica está construida por medio de la conjugación de herramientas de la lógica y de la dialéctica, y de la aplicación de éstas por parte del orador a los particulares y concretos géneros discursivos, a la luz de una teoría ética que se inclina por la bondad de los fines de los que se quiere persuadir. Se ha dicho que el establecimiento de auditorios concretos y particulares, si bien presenta el inconveniente de que no se pueden establecer pautas universales de racionalidad, no abdica de esta última pretensión, sino que la circunscribe tanto a consideraciones del talante y pasiones del orador y su auditorio, como del contexto histórico y social, y deja, al mismo tiempo, abierta la discusión. El establecimiento de pautas firmes y universales de racionalidad pretenden, efectivamente, cerrar la

117. ATIENZA, *Las razones del...*, op. cit., p. 88.

118. RACIONERO, *Introducción, traducción ...*, op. cit., p. 29.

discusión, en tanto se le asigna o no el carácter racional y razonable a la misma. Sin embargo, es conveniente reconocer que dicha caracterización no puede permanecer inmutable en el tiempo, toda vez que los parámetros sociales para juzgarla cambian y progresan.

En Aristóteles, la corrección formal de la argumentación o su racionalidad estaría dada, en primer término, por el cumplimiento de las reglas de la lógica (de premisas probables), por medio del recurso a entimemas y ejemplo; en segundo término, por las reglas propias de la dialéctica, que podrían asimilarse parcialmente a las reglas del discurso práctico en las teorías contemporáneas. La retórica, en tanto método de selección y justificación de premisas adecuadas para persuadir, establece pautas relativas al orador, auditorio y discurso (premisas). No existen, como apuntábamos en las críticas, parámetros claros de la corrección material o aceptabilidad del discurso por parte del auditorio, aunque existen las referencias a la ética varias veces comentadas.

En cuanto a los aportes de Perelman, importante es destacar que explicita la necesidad de establecer parámetros de racionalidad y razonabilidad, aunque no logre establecerlos de una manera efectiva. La idea de auditorio universal, en tanto ideal regulativo, da cuenta de la necesidad de universabilidad y de consistencia necesarias dentro de un determinado sistema de razonamiento. En el caso del razonamiento jurídico, dichos conceptos son utilizados por los autores para referirse a la corrección de la argumentación.

6. La Corrección de los Argumentos y la Aceptabilidad Racional

Pese a lo apuntado anteriormente, en orden a que Perelman prefiere hablar de fuerza de los argumentos¹¹⁹, en lo que sigue nos referiremos a la noción de corrección de los argumentos, por ser la más utilizada por los teóricos de la argumentación jurídica, y porque creemos que no hace referencia exclusivamente al ámbito de la lógica formal. El concepto de corrección de los argumentos en materia jurídica se ha entendido de diversas formas por la doctrina, mas no entraremos en ellas, sino que nos limitaremos a seguir en este punto la distinción que hace de Asis entre corrección interna y corrección externa de las decisiones judiciales¹²⁰, que, tal como el propio

119. Vid. supra p. 14.

120. DE ASIS, Rafael. *Jueces y Normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 282 y ss. El tratamiento de este autor de la labor judicial como creadora de norma, condiciona todo el desarrollo de su exposición y circunscribe el tratamiento de la corrección a los enunciados normativos judiciales, pese a lo cual creemos que puede aplicarse a todo tipo de razonamiento jurídico.

autor lo sostiene, no se identifica exactamente con la conocida división entre justificación interna y externa dada por Wrobléwski¹²¹, frecuentemente empleada por las teorías de la argumentación e interpretación jurídica.

Para de Asis, una decisión correcta será aquella que lo sea tanto desde el punto de vista interno como externo, cuestión que sólo podría examinarse “una vez estudiada la argumentación”¹²². Dentro de la corrección interna de la decisión, se distingue entre la corrección del enunciado judicial individual (decisión) y la corrección del enunciado general (premisa mayor). En el primer caso, la corrección implica que la decisión se adapte a los criterios de validez del sistema y sea coherente con el enunciado general (deducibilidad); en el segundo, el enunciado general debe conformarse con el ordenamiento jurídico. Con respecto a la corrección externa¹²³, distingue entre corrección formal y material. La corrección formal se refiere al respeto de las reglas procedimentales de la argumentación, mientras que la corrección material, al respeto de ciertos contenidos materiales no positivizados. Ambas incorporan la coherencia¹²⁴ como elemento esencial. La corrección material se refiere además a la aceptabilidad o aceptabilidad racional¹²⁵.

Para el análisis que se quiere efectuar aquí, nos limitaremos a tratar algunos aspectos de la corrección externa a través del prisma de la aceptabilidad del enunciado normativo, sea éste una interpretación dogmática o una decisión judicial. Además, lo circunscribiremos al tratamiento que sobre el particular ha desarrollado Aulis Aarnio, sin perjuicio de lo cual cabe hacer unas consideraciones previas.

Esta noción de aceptabilidad es tratada desde otro ángulo por MacCormick, particularmente a propósito de que las decisiones judiciales deben tener sentido en

121. La justificación interna es - para Wrobléwski - aquella que intenta determinar si la decisión se deduce lógicamente de las premisas; la justificación externa se refiere a la fundamentación de las premisas empleadas. Esta distinción la hace WROBLÉWSKI en un artículo de 1974 titulado “Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision”, en: *Rechtstheorie*, 1974, p. 33 y ss. Con posterioridad, la emplea en otros escritos, como por ejemplo, *Constitución y teoría de la interpretación jurídica*. Primera reimpression, Traducción de Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 1999, p. 11. Las referencias a esta distinción se pueden encontrar, entre otros, en ALEXY, *Teoría de la argumentación...*, op. cit., p. 214 y ss.; ATIENZA, op. cit., p. 26; COMANDUCCI, Paolo. *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, Traducción de Paolo Larrañaga, Fontamara, México, 1999, p. 71 y ss.

122. ASIS, cit., nota 9 al Capítulo V, p. 283. Esto es, se trataría de un control *a posteriori* que se llevaría a cabo una vez efectuada la argumentación.

123. Asis nos dice que es una cuestión en principio extrajurídica, aunque aclara que puede tener proyecciones jurídicas, ya que en última instancia pueden relacionarse con el problema de la validez de las normas. *Ibidem*, p. 284.

124. El tratamiento que Asis le da a la coherencia se relaciona con el autoprecedente, es decir, con la exigencia de coherencia hacia futuro o universalización. A este respecto, resulta muy clarificador el libro de Marina GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993.

125. Se habla también de razonabilidad o corrección material para hacer referencia a este parámetro de corrección de los argumentos.

relación con el mundo real¹²⁶, vale decir, que sus consecuencias puedan ser aceptadas por aquellos a quienes afecta. Diremos muy brevemente que la justificación de un “caso difícil”¹²⁷ requiere, por una parte, la posibilidad de universalizar la premisa mayor de la decisión (enunciado normativo general), y por otra parte, que dicha justificación tenga sentido tanto con relación al sistema como con relación al mundo. Es en este punto en el que la argumentación consecuencialista¹²⁸ de MacCormick empalma con la noción de aceptabilidad de Aarnio, toda vez que las consecuencias de la decisión, es decir, el estado de cosas posteriores y conectadas con el resultado¹²⁹ - que consiste en la producción de una norma individual válida - deberán ser consideradas por el juez a la hora de adoptar su decisión.

En el mismo orden de ideas, se ha señalado que “puede hablarse de que la elección sea aceptable no ya en relación sólo con el Derecho, sino también en relación con los ciudadanos a los que se dirige y a los que en algún momento puede afectar”¹³⁰, y esto hace que el juez se vea obligado “a situarse en la posición de aquellos a los que se dirige y a plantearse si éstos aceptarían su decisión”¹³¹. Ahora bien, la noción de aceptabilidad en cuestión “no se identifica, en principio, con la aceptación real. Se trata más bien de la posible aceptación por parte de la comunidad racional”¹³². La actuación judicial argumentativa debería cumplir, por tanto, con dos exigencias: “tiene que moverse dentro del Ordenamiento (exigencia de legalidad, aceptabilidad jurídica), pero además debe moverse o mejor, debería moverse en la idea de la aceptabilidad ética (exigencia de moralidad, aceptabilidad moral)”¹³³. La primera exigencia condiciona la validez, y la segunda, la legitimidad de la decisión. Esto revela dos problemas: la presencia de un discurso ajeno a lo jurídico en la decisión judicial y la dificultad de definir lo correcto desde el punto de vista ético¹³⁴.

126. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1993. p. 103.

127. Una clara guía sobre el tratamiento de MacCormick puede verse en ATIENZA, op. cit., p. 114 y ss. La noción de “caso difícil” ha sido objeto de una división cuatripartita por parte de MacCormick. Se trata de aquellos casos en que la justificación deductiva de una decisión no se puede llevar a efecto de forma simple y satisfactoria, por problemas en la formulación de las premisas normativas o fácticas. De esta forma distingue entre problemas de interpretación, de relevancia, de prueba y de calificación.

128. MACCORMICK, op. cit., p. 129 y ss.

129. DE ASIS, op. cit., p. 289.

130. *Ibíd.*, p. 289.

131. *Ibíd.*, p. 289.

132. *Ibíd.*, p. 289.

133. *Ibíd.*, p. 290. Este mismo razonamiento es el que presenta Aarnio respecto de aceptabilidad sustancial, esto es, aquella que se relaciona con el contenido material, y tiene que ver con que la decisión, el resultado, sea razonable. Ello quiere decir que la solución debe estar de acuerdo con las leyes (presunción de legalidad) y no ir en contra de la moralidad válida ampliamente aceptada en la sociedad (presunción de razonabilidad). Es decir, que el resultado esté de acuerdo tanto con el derecho como con la moral vigente en la sociedad en que se produce. AARNIO, *Derecho, Racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho*, Fontamara, México, 1995, pp. 36 – 37.

134. *Ibíd.*, p. 290.

7. Aarnio y la Aceptabilidad Racional

Para llegar a la noción de aceptabilidad racional, Aarnio hace un largo recorrido en el intento de averiguar si es posible hablar de aceptabilidad racional de una determinada solución o interpretación jurídica, que será en último término 'la mejor justificada'. Los presupuestos que guían este recorrido conceptual pueden resumirse de la forma que sigue. En primer lugar, dado que se asume un relativismo axiológico, no existe una única respuesta correcta¹³⁵ o, lo que es lo mismo, una única solución (interpretación) correcta para cada problema jurídico. Esto es, pueden coexistir dos interpretaciones igualmente fundamentadas, y habrá que decidir cuál de ellas es la mejor. En segundo lugar, se presupone que la racionalidad en el actuar es un requisito de la intersubjetividad propia de la comunicación, en tanto se comparte un lenguaje común y existe una expectativa social de comportarse racional y coherentemente. En tercer lugar, se estima que, pese al relativismo axiológico, es posible dar pautas respecto de la aceptabilidad de la solución a un problema jurídico.

Basándose en estos presupuestos, Aarnio distingue distintos tipos de racionalidad jurídica: teleológica o finalista, institucional, y comunicativa. Siguiendo a Habermas, relaciona la aceptabilidad racional del procedimiento de justificación jurídica con la racionalidad comunicativa. Como la justificación recae sobre puntos de vista u opciones interpretativas, esto es, se justifica la interpretación en tanto forma de comunicación, la racionalidad que se pretende alcanzar es comunicativa. Esta racionalidad comunicativa impregna la idea de *situación ideal de discusión* o de discurso habermasiano¹³⁶.

Aarnio identifica a continuación dos tipos de racionalidad comunicativa. Una, a la que llamará *Racionalidad-L*, que tiene que ver con la forma del razonamiento, cual es la de las reglas de inferencia lógica (deductiva), y que correspondería a lo que más arriba hemos denominado corrección interna. La otra, la *Racionalidad-D*, está

135. "El rechazo de una única respuesta correcta es una consecuencia directa de la tesis del relativismo axiológico". AARNIO, *Lo racional como razonable...*, op. cit., p. 286. Este autor nos dice que no puede pretenderse que la racionalidad elimine, sin embargo, la divergencia entre dos o más respuestas correctas al problema de la interpretación: "un diálogo racional puede también conducir a dos o más respuestas igualmente bien fundamentadas ...- no es posible indicar un criterio objetivo o 'la razón última' de acuerdo con la cual pudiera sostenerse que una de las propuestas de interpretación estaría mejor argumentada que la otra". *Ibídem*, p. 247.

136. Dicho someramente, el objetivo de las partes que participan en esta situación ideal es la verdadera comprensión, para lo cual aceptan ciertas condiciones básicas de comunicación, que son la verdad, la corrección normativa y la sinceridad, a más de la ausencia de coacción y manipulación, la igualdad de acceso al discurso, entre otras. En esta situación ideal están presentes también los principios de la ética del discurso y de la universalidad.

conectada con las reglas del discurso¹³⁷, que podría identificarse con la corrección externa formal. Hay dos posibles combinaciones de la racionalidad: la racionalidad *sensu stricto*, que equivale a la Racionalidad-L; y la racionalidad *sensu largo*, que comprende tanto la Racionalidad-L como la Racionalidad-D.

La aceptabilidad o aceptabilidad racional, por su parte, está referida al contenido material de la interpretación, y no a la forma de razonamiento o propiedades del discurso. Nos dice al respecto que “para ser aceptable, el resultado tiene que responder al conocimiento y al sistema de valores de la comunidad jurídica”¹³⁸. Es decir, correspondería a la corrección externa material, en la terminología del profesor de Asis.

El punto de vista interpretativo puede calificarse con distintas combinaciones de este par racionalidad y aceptabilidad, siendo la más problemática aquella donde la interpretación es razonable, sin ser al mismo tiempo racional. Sin embargo, a Aarnio le parece que esta combinación no es convincente toda vez que “sólo la aceptabilidad sobre la base de la racionalidad-D satisface nuestras expectativas de certeza jurídica”¹³⁹. Con esto quiere decir que para que la justificación del punto de vista interpretativo sea correcta deben concurrir ambos tipos de racionalidad y además la aceptabilidad racional, o, lo que es lo mismo, la concurrencia de las dos teorías aplicables al razonamiento jurídico que distingue Aarnio: una teoría procedimental (relativa a las condiciones de racionalidad-D) y una teoría substancial (referida a las condiciones de aceptabilidad de los contenidos). Es dentro de esta última donde se precisa determinar ciertos criterios comunes de valoración¹⁴⁰, para lo cual se recurre a la idea de ‘forma de vida’ wittgensteiniana. En base a ella se sostiene que aún partiendo de un relativismo axiológico moderado, es posible cierta objetividad intersubjetiva de los valores¹⁴¹. La práctica social comparte un sistema de valores, una moral, que es una forma de participación en la interacción y en la comunicación sociales¹⁴². Las

137. Las condiciones generales del discurso se estructuran en dos grupos: por una parte, los principios y reglas básicas de racionalidad-D, y, por otra, las reglas de la carga de la prueba. Las reglas de consistencia, de eficiencia, de sinceridad, de generalización, de apoyo – y, dentro de esta última, la coherencia -, integran el primer grupo de condiciones. El segundo grupo está formado por las reglas procedimentales y materiales de la carga de la prueba. AARNIO, op. cit., p. 253 y ss.

138. *Ibidem*, pp. 247 – 248.

139. *Ibidem*, p. 249. Nos dice también en esta línea de pensamiento, referida ahora al ámbito jurídico, que “nuestra ideología jurídica no acepta incondicionalmente la idea según la cual todo lo que es generalmente aceptado es también correcto”. La aceptación puede, por ejemplo, basarse en mera persuasión, en la autoridad, o hasta en presión y coacción. *Ibidem*, p. 231.

140. DE ASIS, op. cit., p. 293.

141. *Ibidem*, p. 262. Aarnio entiende por valor la propiedad de un estado de cosas o de un objeto, y por valoración, la creencia de un sujeto de que un cierto asunto tiene o no valor. *Ibidem*, p. 264.

142. *Ibidem*, p. 268.

valoraciones se vinculan a ciertas nociones wittgenstenianas como forma de vida, parecido de familia, juegos del lenguaje. "Si hay un parecido de familia suficiente entre las formas de vida (juegos del lenguaje) es posible entonces lograr un *consenso* acerca de los criterios de valoración entre quienes pertenecen a diferentes formas de vida"¹⁴³. La participación en una forma de vida es el 'trasfondo heredado' dentro del cual las justificaciones se hacen a partir de valoraciones intersubjetiva y generalmente aceptadas por la sociedad. Dicho de otra forma, "la participación en una forma común de vida (o en un fragmento de ella) crea los requisitos para la actividad conjunta que, a su vez, posibilita el nacimiento del consenso"¹⁴⁴.

Recapitulando, podemos decir que "la argumentación es sólo posible dentro del marco de una forma de vida"¹⁴⁵, cuyos miembros comparten determinadas valoraciones, las cuales condicionan la aceptabilidad racional de la justificación presentada. En materia jurídica, esta aceptabilidad se relaciona con la comunidad jurídica en tanto receptor, audiencia o auditorio que comparte una forma de vida común. La aceptabilidad racional, por su parte, es un ideal, un principio regulativo, una pauta para evaluar la razonabilidad y legitimidad de los discursos jurídicos reales¹⁴⁶. Dicho esto, una solución o un punto de vista será 'el mejor justificado', en tanto proporcione la máxima aceptabilidad racional sobre la base del sistema de valores existente, y garantice la mayor coherencia dentro del sistema.

8. La Relación entre la Noción de Audiencia y la Aceptabilidad Racional

Desde la noción de forma de vida, Aarnio transita hacia el concepto de auditorio universal de Perelman, entendiéndolo por tal a aquél formado por personas esclarecidas o racionales, y en el cual los juicios de valor por ellos aceptados se encuentran razonablemente justificados. Para este autor, la audiencia puede ser definida como un "grupo que acepta las condiciones generales de racionalidad y donde ha sido aceptado el sistema de valores que constituyen la base de la posición interpretativa"¹⁴⁷.

Aarnio - como ya señalamos¹⁴⁸ -, critica a Perelman el hecho de que éste sostenga en forma simultánea que la audiencia es universal y sujeta a hechos contingentes. Para

143. *Ibíd.*, p. 270.

144. *Ibíd.*, p. 285.

145. *Ibíd.*, p. 276.

146. *Ibíd.*, nota 20 del Capítulo IV, p. 231, p. 232 y p. 252. Vid. además, AARNIO, *Atulis. Derecho, Racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho*, Fontamara, México, 1995, p. 30.

147. AARNIO, *Lo racional como razonable...*, op. cit., p. 280-281.

148. Vid. *supra* nota 64.

salvar esta contradicción, se hace necesario distinguir entre dos niveles de nociones de audiencia¹⁴⁹: concreta e ideal, por una parte, y universal y particular, por otra. Estos pares de nociones se refieren, por tanto, respectivamente a la existencia real o inexistencia de la audiencia, y a la extensión de los individuos en ella comprendida (todos los individuos o los individuos de un grupo o grupos determinados, o que cumplan con determinadas características). Veamos brevemente las combinaciones de estos pares de nociones.

La audiencia universal y concreta comprende a “todos los humanos vivientes en el mundo en el momento t_i ”¹⁵⁰. En ella es imposible hablar de aceptabilidad, toda vez que no todos los argumentos serían de interés para todos, ni versarían sobre asuntos con respecto a los que todos tuviesen un conocimiento apropiado para evaluar su razonabilidad.

La audiencia particular y concreta está compuesta por “personas realmente existentes que satisfacen las características establecidas para la audiencia”¹⁵¹. Aarnio pone como ejemplo los asistentes a una conferencia y los miembros de una comisión parlamentaria. Puede ser individualizada o individualizable, según tengan o no sus miembros conciencia de la posición que está siendo discutida¹⁵². Con respecto a su utilidad desde el punto de vista de la aceptabilidad racional, nos dice que este tipo de audiencias no da ninguna garantía, toda vez que la aceptación puede deberse a hechos casuales, como por ejemplo, la autoridad del hablante. “El hecho, por ejemplo, de que la posición sea ampliamente aceptada por los juristas no es necesariamente una consecuencia de la consideración racional. En principio, también la llamada opinión dominante puede estar íntegramente construida sobre puntos de vista no racionales”¹⁵³, y ejemplifica más adelante con un grupo de jueces que sostienen una misma posición interpretativa, que no sea, sin embargo, racional.

La audiencia ideal puede ser universal o particular. La audiencia ideal y universal estará formada, al igual que la audiencia universal perelmaniana y la situación ideal del discurso habermasiano, por todos los seres racionales. Sostener la posibilidad de un acuerdo en la audiencia significa, en este caso, sostener una “especie de teoría axiológica cognoscitivista”, o lo que es lo mismo, la existencia de valores universales y objetivos¹⁵⁴.

149. AARNIO, *Lo racional como razonable...*, op. cit., p. 281 y ss.

150. *Ibíd.*, p. 281.

151. *Ibíd.*, p. 282.

152. *Ibíd.*, p. 282.

153. *Ibíd.*, p. 283.

154. *Ibíd.*, p. 283.

La audiencia ideal particular es aquella en la cual “sus miembros se obligan ellos mismos a seguir las reglas del discurso racional”, y han adoptado valores comunes que están ligados a una determinada forma de vida¹⁵⁵. Esta audiencia satisfaría dos exigencias: la de suponer que sus miembros cumplen la condición de racionalidad, y la de estar condicionada cultural y socialmente. Es en este tipo de audiencia donde, según Aarnio, “puede lograrse el consenso racional”¹⁵⁶.

La aceptación racional, en tanto principio regulativo de la dogmática jurídica, cumple el mismo papel que la verdad en las ciencias empíricas, a la que sus operadores intentan aproximarse. En tanto principio regulativo, debe guiar a la dogmática para alcanzar “aquellas interpretaciones jurídicas que pudieran contar con el apoyo de la mayoría en una comunidad jurídica que razona racionalmente”¹⁵⁷. La fuerza racional de la justificación radica en la mayor relevancia social de la posición aceptada por la mayoría, lo cual maximiza la expectativa de certeza jurídica y de legitimidad de dicha decisión¹⁵⁸. En otro lugar, estas exigencias de aceptación por parte de la mayoría y la mayor relevancia social, son dadas como una pauta de razonamiento jurídico¹⁵⁹.

En el ámbito jurídico, la aceptabilidad racional se conecta también tanto con la idea de democracia¹⁶⁰, como con la expectativa de justicia y de certeza jurídica. La comunidad jurídica en tanto audiencia ideal particular, se compromete con las reglas y principios del discurso racional, sin perjuicio de lo cual, y en tanto sus integrantes puedan representar distintos códigos morales, admite el desacuerdo de valoraciones. En la resolución del caso concreto, no obstante, el desacuerdo de valoraciones decantará en la elección que efectúe el juez o el intérprete.

El juez tiene la obligación, el poder y la competencia para dar solución a los casos jurídicos. Frente a un caso difícil, de aquellos que producen incertidumbre sobre varios sentidos posibles del texto, debe dar razones para justificar uno de dichos sentidos que den solución al caso. Esta obligación de dar razones que sean aceptables para los destinatarios de la decisión, es, según nuestro autor, una característica propia del Estado de Bienestar¹⁶¹.

155. *Ibíd.*, p. 284.

156. *Ibíd.*, p. 285.

157. *Ibíd.*, p. 286.

158. *Ibíd.*, p. 285. En igual sentido, AARNIO, *Derecho, Racionalidad...*, op. cit., p. 29.

159. “Trata de alcanzar, en la solución de los casos difíciles, una solución y una justificación que la mayoría de los miembros en la comunidad jurídica puedan aceptar”. *Ibíd.*, p. 67

160. Uno de los núcleos de la democracia sería precisamente la posibilidad de obtener un consenso representativo sobre el sistema de valores que sirve de base al ordenamiento jurídico. El desarrollo de la democracia en los países europeos ha subrayado la importancia del control del contenido de las decisiones jurídicas. El “único medio para realizar este tipo de control es abrir la decisión a un razonamiento coherente y bien fundamentado”, razonamiento que debe construirse en sobre la base de razones jurídicamente aceptables y públicas. *Ibíd.*, p. 44.

161. Interesante resulta la vinculación que hace Aarnio del desarrollo de teorías sobre argumentación y razonamiento jurídico a partir de finales de los años setenta en la órbita europea y el surgimiento del lla-

Los problemas que pueden detectarse en la determinación de la aceptabilidad de una decisión por una audiencia ideal particular, son principalmente dos: no se puede ni garantizar el consenso ni medir la aceptación de la decisión por parte de la mayoría de la comunidad jurídica. El modelo es deficitario en este sentido, pero Aarnio entiende que no debe desecharse, toda vez que presenta ventajas del siguiente orden: permite excluir los desacuerdos aparentes, los prejuicios y la superficialidad en la discusión, y nos ayuda a reconocer el objeto o materia de los desacuerdos¹⁶².

9. Consideraciones Finales

La justificación de un punto de vista interpretativo o de una decisión jurídica es un procedimiento comunicativo por medio del cual el intérprete o decisor pretende alcanzar, en mayor o menor grado, la adhesión de su interlocutor o audiencia. Esta adhesión supone que la justificación sea aceptable.

En el curso del tratamiento de las nociones de oyente, de auditorio y aceptabilidad se han revelado los principales problemas con que nos enfrentamos al pretender, a través de ellas, determinar la corrección del razonamiento jurídico.

En Aristóteles vimos la importancia que tiene tanto el recurso a los lugares comunes y a los propios de cada género oratorio, así como el tratamiento del oyente a través de géneros discursivos concretos y particulares. Imprescindible para lograr la aceptación del oyente es el empleo de estos lugares comunes, que contienen definiciones u opiniones comúnmente aceptadas por la sociedad. Perelman pretende establecer criterios para determinar la validez universal de la argumentación, para lo cual introduce la noción de auditorio universal, cuyo acuerdo garantizaría la razonabilidad de la decisión. La ambigüedad en la construcción de esta noción, no obstante, termina por volverla subjetiva, característica que se traspasa a la de la racionalidad del acuerdo de sus miembros. Se trata de una construcción que pretende universalizar las valoraciones del auditorio, y al mismo tiempo, hacerlas depender de las ideas particulares del orador y de una determinada cultura. Ninguna de estas cuestiones se resuelve claramente.

Aarnio intenta combinar la idealidad del auditorio universal con las particularidades que gobiernan el escenario histórico y social de la argumentación.

mado Estado de Bienestar europeo, que vendría a 'materializar' el principio del Estado de Derecho. Vid. AARNIO, "Sobre el Derecho y el Estado de Bienestar", en *Derecho, Racionalidad y comunicación social...*, op. cit. pp. 33-46

162. *Ibidem*, p. 76.

La aceptabilidad es, por una parte, una idea regulativa que guía el razonamiento, y, por otra, una consideración de las valoraciones mayoritariamente compartidas. En el campo jurídico, la aceptabilidad racional consiste, según este autor, en que una decisión o una interpretación pueda contar con el consenso de la mayoría de una comunidad jurídica que cumpla con las reglas de racionalidad. Este consenso se funda precisamente en que supone que la comunidad jurídica comparte un conjunto de valoraciones propias de su forma de vida.

En este punto, vemos que la noción de aceptabilidad racional - que se obtiene en función del auditorio ideal y particular -, no resuelve el problema de la corrección. En primer término, la existencia de un consenso efectivo no es algo que se pueda medir o determinar; dicho de otra forma, el problema de la corrección intenta resolverse por medio del criterio del consenso, cuya mensura parece no exigirse, y aún exigiéndose, su determinación resulta en extremo problemática. En segundo término, la identificación de aquellas valoraciones compartidas en las que se funda la decisión es algo que no se puede llevar a cabo con certeza, particularmente tarándose de un caso difícil, donde pueden coexistir soluciones igualmente razonables. En tercer término, en el campo jurídico las decisiones se encuentran revestidas de autoridad y sometidas a procedimientos reglados de decisión. Podría decirse que la evaluación que se lleva a cabo para determinar que la decisión es la correcta o la mejor justificada corresponde precisamente al órgano que decide en último término, al agotarse los recursos procesales respectivos. Pero, ¿es posible sostener que esta decisión final garantiza la aceptabilidad de la decisión? ¿No sería similar a sostener que el simple consenso de la mayoría asegura la aceptabilidad, cuestión que hemos desechado precisamente por considerar que al menos deben cumplirse ciertas reglas de racionalidad? También subsiste el problema de identificar quién es el llamado a realizar este juicio de aceptabilidad y cuándo tiene éste lugar. En principio, todos los operadores jurídicos estaríamos en condiciones de hacerlo, no obstante las dificultades antes apuntadas. Dentro del ámbito jurídico, sin embargo, es claro que estos juicios tienen un efecto y un valor diferente dependiendo de quién lo realice. La noción de aceptabilidad racional, si bien debe estar presente a la hora de estructurar los razonamientos, se evalúa una vez que éstos ya han sido formulados.

El esfuerzo por aproximarnos a pautas rígidas para determinar la corrección de los argumentos, y sobre todo la aceptabilidad racional, parece querer conducirnos a las reglas de la verificación científica o demostración lógica, de las cuales el campo del derecho, del deber ser, de lo normativo, parece no formar parte, o al menos, no coincidir íntegramente. El ámbito jurídico está impregnado de nociones que son pautas, guías, ideas regulativas, que pretenden aproximarnos a una mayor razonabilidad, y, cumpliendo una función negativa, nos permiten descartar soluciones manifiestamente irrazonables o irracionales. Otras veces, nos permiten simplemente detectar el conflicto de intereses o el disenso.

Al parecer, la determinación de criterios inmutables que cierren la discusión acerca de la corrección de la argumentación jurídica no es algo ni posible ni deseable. ¿Implica esta ausencia de criterios inmutables y mensurables que debemos abandonar la pretensión de corrección, esto es, las ideas la racionalidad y aceptabilidad de las decisiones jurídicas? Nuestra respuesta es negativa. En el derecho existen pautas - como lo son, entre otras, todas aquellas reglas y principios que configuran un sistema jurídico particular, las valoraciones compartidas por la comunidad jurídica, y las críticas de aquellos a quienes afectan las consecuencias de una decisión, así como la construcción de nociones como auditorio y otras propias de las teorías de la argumentación - que nos permiten en gran medida, si bien no determinar con certeza absoluta que una solución es 'la correcta', a lo menos generar una especie de marco de decisiones racionales y razonables, del cual extraer una solución al problema jurídico, y cuyo grado de aceptabilidad por parte del auditorio será variable dependiendo de la fuerza de las justificaciones aducidas.

BIBLIOGRAFÍA

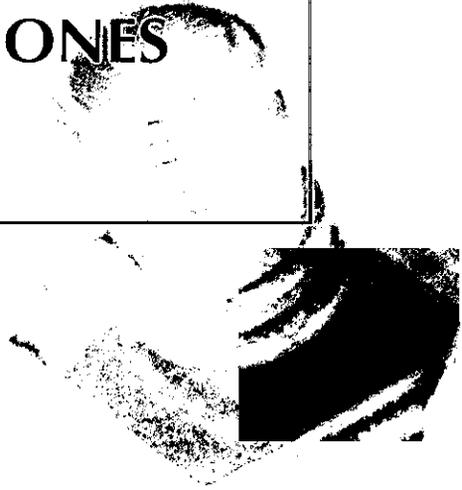
- AARNIO, Aulis. *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- AARNIO, *Derecho, Racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho*, Fontamara, México, 1995.
- ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ARISTÓTELES. *Retórica*. Introducción, traducción, y notas de Quintín Racionero. Madrid, Gredos, 2000.
- ARISTÓTELES. *Retórica*. Edición, traducción, prólogo y notas de Antonio Tovar. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1999.
- ASIS, Rafael de. *Jueces y Normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, MÉXICO, Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- COMANDUCCI, Paolo. *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, Traducción de Paolo Larrañaga, Fontamara, México, 1999.

- GARCÍA AMADO, Juan. *Teorías de la Tópica Jurídica*, Madrid, Civitas, 1988.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina. *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, Tecnos, 1993.
- HILL, Forbes I. La 'Retórica' de Aristóteles, en MURPHY, James (ed.) *Sinopsis Histórica de la Retórica Clásica*.
- MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Clarendon, 1993.
- MANASSERO, María de los Ángeles. *De la argumentación al derecho razonable. Un estudio sobre Chaïm Perelman*. Navarra, Ediciones Universidad de Navarra, 2001.
- PERELMAN, Chaïm. *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Primera reimposición. Traducción de Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1988.
- PERELMAN, Chaïm, Lucy OLBRECHTS-TYTECA, *Tratado de la Argumentación. La nueva retórica*. Segunda reimposición. Traducción de Julia Sevilla Muñoz, Madrid, Gredos, 2000.
- RACIONERO, Quintín. *Introducción, traducción y notas a la Retórica de Aristóteles*. 2ª reimp. Madrid, Gredos, 1999.
- VEGA REÑÓN, Luis. *Si de argumentar se trata*, España, Montesinos, 2003.
- WROBLÉSWKI, *Constitución y teoría de la interpretación jurídica*. Primera reimposición, Traducción de Arantxa Azurza, Madrid, Civitas, 1999.

ARTÍCULOS

- PERELMAN, Chaïm. "La motivation des décisions de justice", en *Ethique et Droit*, Bruselas, Université de Bruxelles, 1990.
- WROBLÉSWKI, "Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decisión" en *Rechtstheorie*, 1974.

RECENSIONES



EL PAGO DE LO NO DEBIDO EN EL DERECHO CHILENO

Lexis Nexis, 2003, 182 páginas.

Javier Barrientos Grandon

En *El pago de lo no debido en el Derecho chileno*, el destacado profesor de Derecho Romano e Historia del Derecho de la Universidad Diego Portales, Javier Barrientos, introduce al lector en uno de los cuasicontratos que nuestro legislador reconoce expresamente, pero el cual no ha llegado a ser objeto de un estudio acabado y profundo. En la literatura jurídica existe un catálogo de tesis que han tratado el tema. Sin embargo, solo ha sido objeto de explicaciones generales que no distinguen su naturaleza jurídica, ni sus elementos, en relación con la fuente de la cual fue tomada la figura jurídica en cuestión.

Por lo mismo, el autor se dedica con gran esmero y especial atención, a la tarea de analizar el pago de lo no debido en el derecho chileno desde tres perspectivas: el tratamiento conferido por el legislador, las explicaciones que la doctrina ha elaborado a través del tiempo, y la aplicación que ha recibido por parte de la jurisprudencia.

El estudio comienza por analizar el proceso de fijación del pago de lo no debido en el Código Civil chileno, desde el Proyecto de 1846-1847. Al respecto, menciona que Andrés Bello se inspiró en tres fuentes, a saber: las leyes de Las Siete Partidas, el *Code Civil* y Pothier. Este proceso de fijación parte con una sistematización idéntica

al Código de Napoleón, pero que después varía, en la medida que va tomando en cuenta las ideas de los autores castellanos.

Junto con el proceso de fijación del cuasicontrato del pago de lo no debido, surgen las doctrinas que intentan explicar el fundamento de la institución, donde se observa que en la época de formación del Código civil chileno, los autores no vinculaban el pago de lo no debido con el enriquecimiento sin causa. Pero ese pensamiento cambia a partir de la obra de Miguel Luis Amunátegui, en 1885, la cual, incidentalmente mencionaba la relación entre el principio que impedía enriquecerse a costa de otro y los cuasicontratos. Luego, en el siglo XX surgirán distintas posiciones dogmáticas las que serán más o menos restrictivas, según el grado de vinculación con el principio del enriquecimiento injusto. La situación antes descrita no quedó limitada al ámbito de la doctrina, sino que, también se presentó en la opinión jurisprudencial.

A medida que el autor va profundizando en el tema de las fuentes y la sistematización de las normas, afirma que las *condictiones* del Derecho Romano llegan por medio de las leyes de Las Siete Partidas, basadas en los textos de Gregorio López. Pero además, provienen del Código civil francés y Pothier. Estas tres fuentes se presentan en las anotaciones que Andrés Bello hizo en el Proyecto de 1853. El grado de influencia de cada una es distinto, es mayor la ejercida por las Siete Partidas y Pothier respecto al *Code Civil*. Además la diversidad de fuentes se percibe en las prescripciones del legislador, en los primeros artículos se describe el supuesto del pago de lo no debido, los cuales fueron inspirados por las leyes de Las Siete Partidas; mientras que en los siguientes artículos, se señalan los efectos de la institución en comento, pero tomados a la luz de la *repetitio* del Derecho Romano y singularmente en la opinión de Pothier.

El recurso a múltiples fuentes produce una *condictio* clásica matizada con supuestos de la *condictio* postclásica justiniana.

En el momento de analizar la noción del pago de lo no debido en el Derecho Civil chileno, parte por señalar que no hay una definición legal, pero que sí se determinan las condiciones necesarias para que se dé la figura legal. Por su parte, la doctrina - la jurisprudencia sigue de cerca los pasos de la dogmática jurídica- salvo algunos matices, ha experimentado una transición desde la idea de una voluntad presunta -doctrina imperante en la época de la codificación- a la teoría del enriquecimiento sin causa y posteriormente a la prohibición de enriquecerse a expensas de otro. Pero, desde la década de los setenta, se va agrupando la doctrina bajo la idea de relacionar el pago de lo no debido y el principio del enriquecimiento sin causa.

Además, este principio se erige como uno de carácter general capaz de crear autónomamente obligaciones investidas de una acción *in rem verso*, pero hace la salvedad que existen autores (Fueyo, Peñailillo, González) que le atribuyen una acción de carácter más específico, dentro de la mencionada. Nuestro autor, manifiesta

que se debe distinguir el artículo 24 del Código Civil chileno, en cuanto se habla del principio de equidad, respecto de la fuente autónoma creadora de obligaciones.

Generalmente los autores chilenos han vinculado al pago de lo no debido como una *condictio indebiti* por influencia francesa, pero no romana, incluso expone de manera precisa que el pago de lo no debido, es una categoría romana proveniente del *indebitum solutum*, pero no de una manera absoluta, pues toma algunos matices agregados por los iusracionalistas. Esto se ve corroborado con la nula referencia a la doctrina alemana rica en tradición romana, y especialmente, en materia de *condictios*.

A partir de la observación anterior, se va presentando el tema central que propone el autor (Capítulo IV), referido a los elementos que componen el pago de lo no debido. Realiza una crítica a la teoría tradicional –que considera tres elementos del cuasicontrato, a saber: existencia de un pago, que el pago sea indebido y que sea realizado por error- considerando incorrectos sus argumentos, frente a lo cual, explica que los primeros artículos del párrafo se refieren a las condiciones necesarias para el pago de lo no debido, basadas en el *indebitum solutum* cuya estructura es un *datio ob rem* – acuerdo celebrado para alcanzar un resultado futuro, que de no producirse, confiere una *condictio*. El pago de lo no debido considerado como un *dare ob rem* a diferencia de un *dare ob causam* – donde no hay obligación de restituir- persigue un objetivo relacionado con la extinción de una obligación, la cual, si no se produce, origina el deber de devolver lo recibido por carecer de causa para retener.

La razón para confundir el *dare ob rem* y el *dare ob causam* proviene de los glosadores y comentaristas que no percibieron la desfiguración que se produjo en el Derecho Romano, pues en diversos pasajes se menciona como resultado esperado por la dación una causa, lo que es incorrecto.

Por lo dicho, solo existirían dos elementos necesarios para el pago de lo no debido: que exista un pago y que sea realizado por error.

En el capítulo siguiente, analiza el primero de los requisitos propuestos por Javier Barrientos, el pago. Este es entendido como dación, solución o tradición, gozando de una finalidad liberatoria, a raíz de una convención que la justifica. Por lo anterior, sino se cumple con la finalidad descrita hay lugar a la repetición. Con lo cual, en opinión de Javier Barrientos, el artículo 2295 inciso primero estaría en plena concordancia con la *condictio indebiti* del Digesto 12.6.1.1, tomado de Ulpiano: “*Si quis indebitum ignorans solvit*”. Pero no olvida que el Código civil chileno tuvo otras fuentes, encontrando en las leyes de Las Siete Partidas (5.14.28) y en el *Code Civil* (artículo 1235) parte de la tradición chilena en esta materia.

En lo sucesivo, la investigación analiza la tradición de cada artículo perteneciente al párrafo en cuestión, hecho que va contribuyendo a consolidar la hipótesis planteada por el autor. Así, llega a afirmar que el Código civil chileno, al tomar en cuenta la *condictio indebitum* del Derecho Romano, rechaza al *Code Civil* y su tradición jurídica de Derecho Natural escolástico y racionalista, el cual, concibe este cuasicontrato como quien recibe lo no debido y no a quien paga lo no debido; con lo que se advierte una gran diferencia entre el Derecho Francés y las ideas vertidas en nuestro Código civil.

En lo relativo al error como segundo elemento necesario del pago de lo no debido, aclara conceptos confusos en la doctrina y jurisprudencia nacional. Pues, para él, no debe asimilarse al error vicio del consentimiento que tiene por efecto típico la declaración de nulidad, sino más bien, es un pago por error que admite el derecho a obtener la restitución de lo entregado.

Al igual que el autor, consideramos de gran relevancia la distinción del error vicio del consentimiento, pues, puede tener importantes repercusiones como se advierte en la jurisprudencia tributaria, la cual, en reiteradas ocasiones distingue entre el error de hecho y de derecho -además de exigir que sea excusable- lo que es incorrecto, pues no cabe distinguir la especie de error, como tampoco imponer mayores exigencias que las legales. Lo anterior se puede aclarar con un ejemplo, incurre en error el contribuyente que paga en exceso el impuesto que por ley esta obligado a pagar, por lo que en el excedente hay pago indebido, por otra parte, si una persona creyendo cumplir los supuestos de una norma jurídica que lo obliga a pagar determinado impuesto, realiza un giro a favor del Fisco, es un error que implica un pago indebido, pero ambas situaciones se encuentran dentro del concepto de enriquecimiento sin causa, sin distinguir si el error que autoriza la devolución ha sido fáctico o de derecho, tal distinción no procede. Una opinión contraria a la del autor, estaría justificando que el Fisco pueda adquirir bienes de manera indebida, hecho que repugna al principio del Estado de Derecho.

Para el autor, es claro que, ambas partes deben incurrir en el error sobre la existencia de la obligación, su subsistencia o nacimiento -cuando depende de una condición o plazo-, al contrario de las disposiciones de Bello y de la confusión jurisprudencial que se acerca a las ideas francesas al respecto.

En materia de prueba, será quien alega la inexistencia de la obligación quien deberá demostrarlo, situación que, se encuentra prevista por el legislador, donde el objeto de la prueba es el pago y el error -con gran exactitud el autor encuentra otra razón que justifica la hipótesis relativa a dos elementos configuradores del cuasicontrato en estudio- según lo dispuesto en el artículo 2298 y 2299, a diferencia de la posición mantenida por la doctrina y jurisprudencia.

Por último, el autor se hace cargo de una materia no menos importante, procediendo a aclarar nuevamente los conceptos sobre la prescripción y la distinción de la *repetitio - restitutio*.

Sobre el primer concepto, señala que se deben seguir las reglas generales en materia de prescripción extintiva de las acciones ordinarias, es decir, el plazo es de cinco años desde que se hace exigible.

Luego, sobre el segundo concepto, considera que el legislador chileno sigue la tradición del *ius commune*, al asumir la disciplina del *indebitum solutum* como una *datio ob rem*, cuya finalidad liberatoria no es alcanzada como consecuencia de un error. Señala, que se genera el derecho de dominio para repetir y no el derecho a ser restituido, como dice nuestro código. El empleo de este término por el legislador chileno se debe a la influencia del iusracionalismo. El autor destaca la diferencia entre la *condictio indebiti* y el pago de lo no debido, que descansa en el objeto de las acciones.

Además, al especificar la naturaleza del objeto con el cual se ha pagado, nacen nuevas diferencias, pues, para el sistema romano clásico había una obligación de restituir la especie, mientras que, para el sistema postclásico justiniano se originaba, además, la responsabilidad sobre los deterioros y pérdidas, sistema que fue heredado por el iusracionalismo y Andrés Bello.

Nuestra labor no es otra que presentar una reseña de esta excelente obra, por lo que queda fuera la posibilidad de otorgar latas explicaciones sustanciales, pero creemos que es viable agregar un pequeño aporte a la materia, al considerar que en el Derecho Civil Alemán se enumeran taxativamente las *condictiones* además de una regla general de enriquecimiento, la que abarca el pago de lo no debido, entre otros casos. Por el contrario, en el Derecho Francés la finalidad de la *condictio* se cumplía con la acción de nulidad en el caso de prestaciones con fuente contractual que carecían de causa, por ser estas nulas; por lo que la *condictio* no es utilizada. En cambio, en las situaciones de enriquecimiento en una prestación no convencional operaba la acción *in rem verso*.

Otra diferencia del Código civil francés y el Código civil alemán, se advierte en virtud de los elementos del acto jurídico, pues en materia contractual la legislación alemana no establece como elemento de dicho acto a la causa, por lo que cuando hay falta de causa, se sana con una acción distinta a la de nulidad -como ocurre en nuestro derecho- más bien, se sana por el enriquecimiento sin causa. En Francia, como la causa es un elemento del consentimiento si falta se sanciona con nulidad y no con acción *in rem verso*.

Por lo anterior, nuestra tradición legislativa, no toma en cuenta las *condictiones* del Derecho Romano porque el *Code Civil* no lo hace, a diferencia del Derecho Alemán que por herencia de los pandectistas desarrollan las *condictiones* romanas.

Otro punto destacable, se refiere a las obligaciones de hacer, en las que también se comprende que pueda presentarse la hipótesis de pago de lo no debido, pero en este caso la acción tiene por objeto un cumplimiento por equivalencia, es decir una indemnización de perjuicios.

Respecto al pago mismo, creemos que el pago por ser la prestación de lo que se debe o mejor entendida como el cumplimiento de la obligación previamente convenida, pudiendo recaer en una prestación de dar, hacer o no hacer, nos lleva a un tema nada pacífico en el derecho, referente a la causa. Sabemos que la causa puede ser entendida en diversas acepciones y su inclusión como elemento del acto jurídico no ayuda a solucionar el inconveniente que presenta esta materia. Por tanto, produce la inquietud de saber si debe ser admitida como requisito del pago de lo no debido, siendo solucionado con ingenio por el autor del presente libro pues no hace recordar el antecedente del pago como una *datio ob rem*.

En el contexto antes señalado, surgiría la inquietud de resolver que ocurre en el evento del pago hecho a quien se encontraba en posesión del título dispuesto en el artículo 1576 de nuestro Código Civil.

El Derecho Romano no realiza construcciones teóricas ni soluciones generales para los problemas, por lo que es difícil explicar el enriquecimiento sin causa como una acción general, pero es posible concebirlo como un principio de equidad o norma moral, por lo que, se puede decir que, es una *ratio* con aplicaciones concretas no derivada de otras fuentes y que crean una fuente autónoma de obligaciones del derecho moderno. Por lo mismo, tal como lo menciona Javier Barrientos el enriquecimiento sin causa no se encuentra expresamente establecido en nuestro Código civil, como tampoco una norma que lo consigne en su faz de fuente autónoma de obligación, circunstancia que aportaría algún grado de claridad en su estudio. Incluso, hay quienes mencionan al pago de lo no debido como una fuente autónoma de obligaciones, independiente de su vinculación con el enriquecimiento sin causa, pues goza de elementos propios.

En general, es aceptable que una persona se enriquezca aun en perjuicio de otra. Como sabemos en un contrato oneroso se busca una ganancia, pero siempre que dicho enriquecimiento tenga un antecedente que lo justifique.

Definitivamente, un mérito inicial de la obra consiste en dejar muy en claro desde el principio los fundamentos que en nuestro derecho se han utilizado por la doctrina y jurisprudencia a través del tiempo, los que no necesariamente son correctos

o coinciden con las razones de fondo de la *condictio indebiti*, pero que sirven para distinguir claramente el modelo francés del nuestro.

La exposición de este libro no es producto sólo de la obra que nos presenta el autor, sino que se debe a su larga tradición como profesor del Derecho Romano e Historia del Derecho, conocimientos que aquí también se utilizan y que aportan una luz de orientación en esta materia.

En fin, consideramos que esta obra erudita, ofrece al jurista o investigador un marco excelente para el análisis no sólo de la figura del pago de lo no debido, sino también, para el estudio de la fijación de las normas contenidas en el Código Civil chileno.

Loretto Venegas Franzolini
Ayudante de Derecho Civil
Universidad de los Andes.

FOUNDATION FOR INTERNATIONAL ENVIRONMENTAL LAW AND DEVELOPMENT, SEGURIDAD DE LA BIOTECNOLOGÍA MODERNA EN CHILE

Aspectos jurídicos, LOM Ediciones, Santiago, 2002, 192 págs.

Centro de Derecho Ambiental

Esta obra es fruto de un proyecto de investigación conjunta entre el CDA y el FIELD, iniciado en mayo de 2001, bajo la dirección de Dominique Hervé E. (CDA) y Carolina Lasén D. (FIELD), cuyo objetivo es el desarrollo de un marco jurídico e institucional para la bioseguridad en Chile. La actualidad y pertinencia de esta obra queda de manifiesto al anticiparse meses al lanzamiento del Informe de la Comisión Nacional de Biotecnología y a las discusiones parlamentarias.

El libro está estructurado en tres capítulos, que tocan los siguientes temas: diagnóstico de la situación chilena en materia de institucionalidad y regulación de las biotecnologías; análisis de derecho comparado; conclusiones y recomendaciones. Por lo pronto, el libro es de suma utilidad a la hora de identificar las múltiples instituciones que tienen competencia sobre las modernas biotecnologías; como así también la dispersa regulación vigente —la mayoría de ella de rango administrativo, y por lo tanto de más difícil conocimiento y acceso— y los fallos dictados en la materia. Del

mismo modo, tiene la riqueza, poco frecuente, de incluir las posiciones de actores relevantes de la sociedad civil. En tal sentido, esta obra será consulta obligada para quien, en nuestro medio, se interese en bioseguridad.

En efecto, el primer capítulo, destinado al diagnóstico de la institucionalidad vigente en Chile en estas materias, da detallada cuenta de cada uno de los órganos y organismos públicos que alguna incidencia tienen sobre la regulación de las modernas biotecnologías. Ya el mero enunciado revela la excesiva dispersión, por una parte, y duplicidad, por otra, de que adolece el sistema estatal chileno en materia de bioseguridad. De especial interés en este acápite resulta el análisis detallado de la jurisprudencia nacional relativa a los organismos genéticamente modificados. Entre las conclusiones del capítulo, que en general compartimos, destaca la constatación de que es el sector agrícola el que ha acaparado la atención de la autoridad, en desmedro de otros muchos sectores en que progresivamente la biotecnología ha venido utilizándose.

Un estudio de derecho comparado es el objeto del capítulo segundo, en el que, por separado, se expone el estado de la cuestión en Argentina, Brasil, Cuba, Nueva Zelanda y la Unión Europea. Las referencias al derecho comparado, si bien justificadas y bastante acertadas, pudieron haber sido objeto de una sistematización mayor, que evitase introducciones a ratos prescindibles —como el contexto geográfico y político de Cuba—, por una parte, y referencias tal vez demasiado específicas para el tenor general del libro —como el procedimiento para la evaluación de solicitudes en Nueva Zelanda—. Sin embargo estas observaciones menores no restan mérito a la obra en su conjunto.

Por cierto que la parte más sustantiva es aquella en que el equipo investigador entrega sus conclusiones y recomendaciones, contenidas en el capítulo tercero, en el cual se ha tenido en consideración importante el contenido normativo del Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología. Por lo pronto, compartimos la primera conclusión: la necesidad de que el marco regulatorio esté contenido en una ley, y no en meros reglamentos, como hasta la fecha ha ocurrido y como, según se pudo constatar en el Informe de la Comisión Nacional de Biotecnología, es la intención de la autoridad (pese a la actual discusión de una ley marco). Los criterios de eficiencia económica y los temores de incrementar los costos de oportunidad, no pueden extremarse al punto de tomar con ligereza la regulación de un aspecto central para la salud humana, la biodiversidad, e inclusive, el desarrollo económico del país.

Respecto de la institucionalidad específica que el país debe adoptar, se advierte en las recomendaciones de los autores una tendencia a la centralización, y tal vez resultaría más conveniente idear fórmulas más acordes con un proceso de regionalización, máxime si la mayoría de las actividades bioproductivas se desarrollan

lejos de la capital. En cuanto a los mecanismos para la autorización de actividades relacionadas con organismos genéticamente modificados, nos parece acertado vincularlos a la gestión del riesgo, que habrá de estar inspirada en los principios preventivo, de transparencia, de coherencia y de no discriminación, con énfasis en el enfoque precautorio; enfoque este último que, a nuestro juicio, debe inspirar también el sistema de responsabilidad por daños biotecnológicos. Hacemos votos para que las conclusiones del libro sean consideradas por asesores técnicos y autoridades políticas pertinentes.

Cabe sí hacer notar una limitación del texto, que no implica reproche alguno puesto que es consecuencia natural de la autoría. Si bien es cierto el título alude a “biotecnología moderna”, en verdad sólo está tratada la biotecnología productiva, y no aquella vinculada a la biomedicina. Evidentemente esta segunda área de aplicación de la biotecnología escapa al ámbito de competencia de un Centro de Derecho Ambiental, sin perjuicio que pudo haberse logrado una mayor precisión en el intitulado del libro. Este asunto no es irrelevante, puesto que en nuestro medio se ha producido una curiosa escisión en el uso del lenguaje: biotecnología se ha homologado a bioproductividad, y con ello se ha tornado invisible la aplicación de las modernas biotecnologías reproductivas en seres humanos, que presentan problemas éticos y jurídicos mucho mayores que aquellos involucrados en la producción agrícola, acuícola y forestal. En Europa, Japón y Estados Unidos es claro que la biotecnología —y el Derecho de la Biotecnología— abarca tanto la bioproductividad como la biomedicina.

Por tratarse el autor de un centro de investigación de una universidad pública, y por tratarse de un libro que, con seguridad, será el *silabus* en política biotecnológica en Chile, se echa en falta que no haya quedada resuelta la opinión de los investigadores sobre temas tan cruciales, como cuál es el bien jurídico protegido (salud humana, biodiversidad, ambos, etc.), o cómo han de resolverse los aparentes conflictos de derechos (propiedad, libre iniciativa económica, integridad física, salud, etc.).

Lo anterior, exige una definición sobre aspectos que se vinculan con la misma noción de derecho subjetivo y su titularidad, y la posibilidad de jerarquizarlos o de establecer sus límites propios. Es importante, pues, identificar a la persona humana como única y exclusiva fuente de la juridicidad (excluyendo por tanto a las rocas, las plantas y los ríos como titulares de derechos), y reconocer que la posibilidad de conflicto de derechos sólo resulta concebible bajo la preeminencia del cuestionado concepto de derecho subjetivo. Por consiguiente, más que zanjar un pretendido conflicto, los esfuerzos teóricos deben apuntar a precisar los límites naturales de cada derecho. En esto, adherimos a la crítica de la noción de derecho subjetivo (VILLEY, MICHEL, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 1976); a la fundamentación realista de los derechos (MASSINI, CARLOS, *Filosofía del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001), y a la tesis de

la imposibilidad del conflicto entre derechos (SERNA, PEDRO, TOLLER, FERNANDO, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*, La Ley, Buenos Aires, 2000).

Es de agradecer al CDA por la entrega de este trabajo pionero en su tipo, y al FIELD por apoyar iniciativas de esta índole. Queda pendiente, en nuestra literatura, un esfuerzo similar en el ámbito de las biomedicinas.

Ian Henríquez Herrera
Profesor Escuela de Derecho,
Universidad Católica de Temuco.

Reglas para los autores

1. La Revista publica artículos originales que se encuentren escritos en lengua española. También publica reseñas y comentarios de monografías, libros o jurisprudencia. Sin perjuicio de lo anterior, excepcionalmente se podrán publicar: a) artículos en otras lenguas de autores de gran renombre; b) artículos que no son de reciente publicación o que no son de fácil acceso y cuya conservación o reedición represente un considerable aporte a la ciencia jurídica nacional; y c) artículos que no siendo inéditos, sirvan como tema central para un determinado número de la Revista a fin de encausar la discusión y el debate.
2. Los manuscritos pueden ser presentados en cualquier época del año. Sólo se comenzará con el proceso de evaluación de los trabajos una vez cumplidas las reglas que a continuación se detallan.
3. Las colaboraciones deberán ser enviadas a la Dirección de la Revista y no serán devueltas. El envío debe ser realizado a Revista de Derecho, Universidad Católica de Temuco, casilla 15 D, Temuco, Chile, acompañado de una copia electrónica en disquete o CD, para ser leídas en computador PC (Word para Windows), o bien a la dirección electrónica de la revista: revidere@derecho.uct.cl.
4. Las colaboraciones se presentarán redactadas a doble espacio, en página tamaño carta por un solo lado, letra Times New Roman, tamaño 12. La extensión recomendada de los artículos es entre 15 y 25 páginas. En ningún caso se aceptarán trabajos que superen el límite de 50 páginas.
5. Las citas bibliográficas y las notas al texto deberán ser construidas de la manera que a continuación se indica.
 - a) Para citar un libro: El apellido(s) con mayúscula y el nombre con minúscula (salvo la primera letra). En caso de que esté extendido el uso de la inicial en lugar del nombre completo, también podrá ser utilizado (Ejemplo: HART, H. L. A.). Si son varios los autores se colocará el nombre de hasta tres de ellos. Si se excede de ese número, a continuación del nombre del tercer autor se incluirá la expresión *et. al.* Luego de un punto se coloca el título del libro en cursiva. Enseguida y luego de un punto, el volumen o tomo (si procede). A continuación y seguido de un punto, el número de edición o reimpresión (si procede). Luego, el lugar de edición. Después y luego de 2 puntos (:) el nombre de la Editorial. Finalmente, el año de edición. Si se trata de una traducción, se debe indicar el autor de la traducción y el título en el idioma original. Se debe indicar, además, el número de la(s) página(s) citada(s).

Ejemplo: ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis. Derecho de sucesiones. Tomo III. Barcelona: Bosch, 1994, p. 110.

- b) Para citar un artículo: El apellido(s) con mayúscula y el nombre con minúscula (salvo la primera letra). En caso de que esté extendido el uso de la inicial en lugar del nombre completo, también podrá ser utilizado (Ejemplo: HART, H. L. A.). Si son varios los autores se colocará el nombre de hasta tres de ellos. Si se excede de ese número, a continuación del nombre del tercer autor se incluirá la expresión *et. al.* Luego de un punto, se pone el título del artículo entre comillas. Enseguida, tras la preposición */en/*, el nombre de la Revista en cursiva. A continuación, el volumen, número y año de publicación; o número y año; o volumen y año, dependiendo de la Revista que se cite. Finalmente, se debe indicar, además, el número de la(s) página(s) citada(s).

Ejemplo: VALLE, Aldo. "El saber jurídico: Recuerdo o diálogo", en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, num. 20 (2002), p. 364.

- c) Para citar colaboraciones en una obra colectiva: El apellido(s) con mayúscula y el nombre con minúscula (salvo la primera letra). En caso de que esté extendido el uso de la inicial en lugar del nombre completo, también podrá ser utilizado (Ejemplo: HART, H. L. A.). Si son varios los autores se colocará el nombre de hasta tres de ellos. Si se excede de ese número, a continuación del nombre del tercer autor se incluirá la expresión *et. al.* Luego de un punto, el título del trabajo entre comillas y tras la preposición */en/* el apellido(s) y el nombre en minúscula salvo la primera letra que deberá ser en mayúscula, del (o de los) editor(es) o coordinador(es), indicando esa calidad entre paréntesis. Enseguida de un punto, el título de la obra principal, en cursiva. A continuación –luego de un punto– el lugar de edición, editorial y fecha de edición para las obras colectivas, y el número de la(s) página(s) citada(s).

Ejemplo: GÓMEZ CALERO, José. "Especialidades más relevantes de la contratación mercantil", en Jiménez, Guillermo (Coord.), Derecho mercantil, Vol. II, 2a ed., Ariel, Barcelona, 1992, pp. 245-293.

6. La Revista no devolverá la documentación enviada sea ésta impresa o digital, ni proporcionará información respecto del estado de evaluación de los artículos antes de cumplido el plazo respectivo. Sin embargo, todas las observaciones o correcciones que se propusieren serán corroboradas con el autor. Luego de revisados los trabajos recibidos y, en su caso, de subsanadas por el autor las observaciones que se hicieran en el proceso de revisión, se procederá a su publicación en el plazo más breve posible
7. La Revista acepta el envío de reseñas de libros recientes. Las reseñas deben ser inéditas y están exentas del proceso de revisión por expertos académicos,

recayendo en el Director y/o Comité Editorial de la Revista la decisión de publicarlas o no. El plazo establecido para notificar al autor de esta decisión es de 3 meses. El Director de la Revista está facultado para solicitar expresamente recensiones. La extensión de cada recensión no debe sobrepasar las 5 páginas. En el título se debe incluir: el nombre del autor reseñado, el título del libro, lugar de edición, editorial, año y número de páginas.

Director:

Rodrigo Coloma Correa

Casilla Postal:

Ubicación: Manuel Montt 056, Campus San Francisco

Fono: (56-45) 205 317

Fax: (56-45) 205 497

E-mail: revidere@derecho.uct.cl

