

REVISTA
DEL POSGRADO
EN
DERECHO
DE LA UNAM
N.º 8

РД

**REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO
DE LA UNAM**

NUEVA ÉPOCA, NÚMERO 8
ENERO - JUNIO 2018



DIRECTORIO

Enrique Graue Wiechers

RECTOR

Leonardo Lomeli Vanegas

SECRETARIO GENERAL

Javier Nieto Gutiérrez

COORDINADOR DE ESTUDIOS DE POSGRADO

Carlos H. Reyes Díaz

COORDINADOR DEL PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

ENTIDADES

Raúl Contreras Bustamante

FACULTAD DE DERECHO

Manuel Martínez Justo

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN

Fernando Macedo Chagolla

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGÓN

Pedro Salazar Ugarte

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

 **REVISTA DEL POSGRADO EN DERECHO DE LA UNAM**

Abril Uscanga Barradas

DIRECTORA

Claudio Vázquez Pacheco

EDITOR

Javier Cancino Jiménez

Diana Érika Hernández Ríos

ASISTENTE EDITORIAL

La Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM es una publicación semestral editada por la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho de la UNAM, ubicada en la Unidad de Posgrado, edificio "F", Circuito de Posgrado, Ciudad Universitaria, delegación Coyoacán, c.p. 04510, México D.F. e-mail: <informesderecho@posgrado.unam.mx>, tel.: 5623-7024. Certificado de reserva de derechos al uso exclusivo del título No. 04-2005-091914211800- 102. ISSN 2007-5995. Los autores son responsables de su contribución. Se permite la reproducción parcial o total del contenido otorgando el crédito correspondiente a la fuente. En portada: Francisco Moreno Capdevila, *Conquista y destrucción de México Tenochtitlán*, s/f, temple sobre masonite, 3.04 x 9 m. Auditorio "Benito Juárez", Facultad de Derecho-UNAM, Ciudad Universitaria, México, foto: Víctor Jurado. Diseño editorial: Claudio Vázquez Pacheco. Impresión: Creativa Impresores SA de CV, calle 12, número 101, local 1, colonia José López Portillo, Iztapalapa, c.p. 09920, México, Ciudad de México, teléfono: 5703-2241.

CONSEJO EDITORIAL

Juan Antonio García Amado
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Sergio García Ramírez
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Francisco Javier De Lucas Martín
UNIVERSIDAD DE VALENCIA, ESPAÑA

María Patricia Kurczyn Villalobos
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Jordi Ferrer Beltrán
UNIVERSIDAD DE GIRONA, ESPAÑA

José María Serna de la Garza
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM

Carlos Bernal Pulido
UNIVERSIDAD DE MACQUARIE, SYDNEY

Guillermo Claudio Lariguet
CONICET, ARGENTINA

Lenio Luiz Streck
UNIVERSIDAD ESTATAL DE SANTIAGO, BRASIL

Flavia Emilia Carbonell Bellolio
UNIVERSIDAD DE CHILE

Massimo La Torre
UNIVERSIDAD MAGNA GRAECIA DE CATANZARO, ITALIA

Rafael Luis Hernández Marín
UNIVERSIDAD DE MURCIA, ESPAÑA

CONSEJO ASESOR

Jesús Aquilino Fernández Suárez
UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

María del Pilar Gutiérrez Santiago
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Juan José Iniesta Delgado
UNIVERSIDAD DE MURCIA, ESPAÑA

Victoria Iturralde Sesma
UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO, ESPAÑA

Benjamín Rivaya García
UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Marta Ordás Alonso
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Tiago Gagliano Pinto Alberto
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE PARANÁ, BRASIL

Leonor Suárez Llanos
UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

María José García Salgado
UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Amós Arturo Grajales
UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS

Toni Roger Campione
UNIVERSIDAD DE OVIEDO, ESPAÑA

Leandro Vergara
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES, ARGENTINA

José Manuel Cabra Apalategui
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA, ESPAÑA

Javier Díez García
UNIVERSIDAD DE LEÓN, ESPAÑA

Sandra Gómora Juárez
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, UNAM



ÍNDICE

| | |
|---|-----|
| PRESENTACIÓN | 11 |
| <i>Carlos H. Reyes Díaz</i> | |
| EDITORIAL. | 13 |
| <i>Abril Uscanga Barradas</i> | |
| LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LOS ESTADOS DE TABASCO Y SINALOA. COMPARATIVA CON LA PROHIBICIÓN DE MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL | 19 |
| <i>Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana</i> | |
| LA REVISIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRIVACIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA | 37 |
| <i>Luis Ángel Ballesteros Moffa</i> | |
| EL FORTALECIMIENTO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES COMO SEÑAL DEL NUEVO EQUILIBRIO DEL PODER EN EL ESTADO MEXICANO. | 69 |
| <i>Marco Antonio Zeind Chávez</i> | |
| DE LA INEXISTENTE DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS | 93 |
| <i>Adriana María Restrepo Ospina</i> | |
| LA SUBSUNCIÓN DE ALEXY Y LA PREGUNTA POR LA RACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN. | 133 |
| <i>Ricardo Garzón Cárdenas</i> | |
| LA FENOMENOLOGÍA Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: ¿UNA CONEXIÓN POSIBLE? | 161 |
| <i>Tiago Gagliano Pinto Alberto</i> | |

| | |
|--|-----|
| UN PROBLEMA EN LAS TESIS FUNDAMENTALES DEL DERECHO QUE SUPONE EL POSITIVISMO JURÍDICO ESTILO HART | 203 |
| <i>Bernardo Andrés Gallegos Mendoza</i> | |
| MITO, ESTADO Y DERECHO | 235 |
| <i>Alberto J. Montero</i> | |
| EL DERECHO DE LIBERTAD EN EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ | 267 |
| <i>Jesús Aquilino Fernández Suárez</i> | |
| INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES | 295 |

PRESENTACIÓN

Una de las tareas más importantes del Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, consiste en la generación de productos académicos que contribuyan a elevar el debate sobre temas de la agenda nacional e internacional. Nuestra comunidad, representada por estudiantes de la mayor calidad, así como nuestro núcleo académico de tutores de excelencia, son dos de nuestras mayores fortalezas.

La generación de conocimiento en posgrado tiene que ser un insumo para el fortalecimiento de nuestra sociedad, con nuestros aportes ayudamos a imaginar y a proponer acciones para construir una realidad respaldada por el estado de derecho.

En una sociedad mundial como la que vivimos hoy en la que la inmigración y la diversidad étnica son factores que reducen la solidaridad humana, como lo expone *Robert Putnam*, el derecho es un instrumento que nos puede ayudar a reconstituir el tejido social y a reestablecer el orden en momentos de incertidumbre.

Estoy convencido de que la nueva dirección de nuestra Revista a cargo de la Dra. Abril Uscanga Barradas, destacada representante de nuestro claustro académico, dará mayor impulso a un proyecto editorial que pertenece a una gran comunidad de juristas, la más grande y prestigiada del país. Tenemos por ello, una gran responsabilidad para dotar a toda ella de herramientas de conocimiento de calidad, como lo es nuestro Programa de Posgrado en Derecho.

La maestría en Derecho y en Política Criminal, así como el Doctorado en Derecho, son nuestras tres vertientes de formación. Con el estudio permanente de estas áreas de conocimiento es que se construyen las aportaciones de nuestra Revista. Nuestro compromiso consiste en proveer a nuestra comunidad, así como hacer llegar

a la más amplia comunidad jurídica posible, nuestros productos editoriales, los resultados parciales o definitivos de los trabajos de investigación diseñados y contruidos por nuestros alumnos, muchos de ellos con el valioso aporte de nuestros tutores, quienes también, por su parte, siguen generando conocimiento de vanguardia en nuestra disciplina jurídica.

Las aportaciones de académicos externos a nuestro Programa, nacionales y extranjeros, son ingredientes adicionales que proporcionan un valor excepcional a la difusión del conocimiento jurídico, al igual que las aportaciones de nuestros miembros del Comité Editorial, quienes hacen el mayor esfuerzo por dotar de seriedad y compromiso a nuestro proyecto. A todos ellos, mil gracias.

Nuestra misión es presentarles una perspectiva mexicana – latinoamericana sobre nuestra forma de ver el mundo y los problemas que no son exclusivos de nuestra latitud, pero que vivimos y evidenciamos con una lente distinta. En el análisis y debate de ideas, el Programa de Posgrado en Derecho quiere dejar huella constante de su labor cotidiana y aportar, en la medida de lo posible, soluciones a los grandes retos que se nos presentan como sociedad mundial.

Gracias por acompañarnos en esta misión académica y por contribuir con sus comentarios y observaciones al fortalecimiento de la Revista del Posgrado de Derecho de la UNAM.

Dr. Carlos H. Reyes Díaz
Marzo, 2018.

EDITORIAL

Al tomar posesión de este proyecto editorial, encontramos retos de gran calado, prioritariamente me referiré a dos: el inicial relacionado con blindar la periodicidad de nuestra Revista, y el segundo referido a resguardar la calidad de la misma. Para lograr lo anterior, nos impusimos la necesidad de reorganizar las bases y procedimientos de actuación e integración, generamos funciones específicas y edificamos vínculos con nuevos investigadores. Asimismo, uno de los grandes retos implicó la reestructuración del Consejo Editorial y el Consejo Asesor de la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, los que tienen como objetivo fundamental enaltecer la investigación jurídica resguardando la identidad, imparcialidad y calidad académica que ha venido distinguiendo a nuestra Revista.

Hemos beneficiado la orientación fundacional de nuestra Revista que promueve e incentiva la publicación de las investigaciones científicas realizadas por catedráticos y juristas de destacadas instituciones nacionales e internacionales, brindando relevancia a la exogamia, pero resguardando al mismo tiempo la participación de miembros de nuestra comunidad universitaria; lo anterior en aras de dotar a nuestra Revista de un carácter que propicie el intercambio de ideas y puntos de vista con autores de todo el orbe, enriqueciendo así nuestra visión doctrinal desde la perspectiva de otros sistemas jurídicos ya que, como hemos expresado en números anteriores, las problemáticas sociales requieren de propuestas innovadoras para su solución, pero también explicaciones atrevidas que ofrecen reflexiones y posibles soluciones atentas a la realidad social de México y el mundo.

En el presente número de la Revista se puede señalar la colaboración de distinguidos juristas mexicanos miembros de nuestra Universidad, entre los cuales mencionaremos a los siguientes:

El Maestro Alberto J. Montero, cuya colaboración se intitula “Teoría Crítica, Mito y Derecho” en la cual se propone identificar y explicar la importancia que tienen algunos mitos en el Derecho y el Estado modernos así como contribuir al esclarecimiento de los procesos constitutivos del Estado de Derecho.

El Maestro Bernardo Gallegos Mendoza, con la investigación denominada “Un problema en las tesis fundamentales del derecho que supone el positivismo jurídico estilo Hart” en la que el autor critica tanto al iuspositivismo de Hart como a algunas tesis fundamentales de corriente positivista argumentando que las tesis fundamentales del derecho y los fundamentos del derecho del positivismo jurídico de Hart requieren una corrección.

El Doctor Marco Antonio Zeind Chávez con el artículo “El fortalecimiento del Instituto Federal de Telecomunicaciones como señal del nuevo equilibrio del Poder en el Estado mexicano” que nos proporciona un estudio sobre la importancia de analizar la sentencia que resuelve el amparo 1100/2015, misma que marca un punto de quiebre para los Organismos Constitucionales Autónomos (OCAs) frente a los Poderes de la Unión; particularmente, en el caso del IFETEL, en las áreas específicas de las telecomunicaciones y las tarifas de interconexión.

Así también, hemos incorporado la pluma de prestigiosos autores extranjeros de España, Colombia y Brasil, teniendo como objetivo que sus participaciones incentiven al lector a realizar un análisis y reflexión de la ciencia jurídica desde contextos y puntos de vista diferentes al nuestro:

El trabajo del Doctor Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana, Catedrático de la Universidad de León (España) en la materia de Derecho Civil y Magistrado en la Audiencia Provincial de León, ofrece mediante un examen de derecho comparado de la maternidad subrogada entre los modelos jurídicos de España y México, particularmente en Tabasco y Sinaloa, un análisis de ambas figuras buscando así incentivar al debate sobre la aplicación de esta figura en España

La investigación del Doctor Luis Ángel Ballesteros Moffa, Catedrático y Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de León, España, nos habla del momento que atraviesa el Instituto de Protección de Datos Personales en la Unión Europea que obligará a revisar la regulación interna de los Estados miembros; renovación que se hace extensiva a los riesgos que las comunicaciones electrónicas y, en particular, internet, representan para la información personal. Lo anterior en aras de hacer más exigente la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo.

La participación del Doctor Jesús Aquilino Fernández Suárez, catedrático y Profesor Titular en el Área de Filosofía del Derecho del Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas de la Universidad de Oviedo, España, que se titula: “El Derecho a la libertad en Eduardo García Maynez”, donde hace un análisis del derecho de libertad en el pensamiento de Máynez, su definición, sus acepciones y su distinción como derecho y como poder y su relación con otros conceptos afines. Una vez delimitado el derecho de libertad, se aborda el debate entre Carlos Cossio y Máynez a propósito del mismo y, por último, realiza un balance de los aspectos más significativos de la discusión.

El texto del Maestro Ricardo Garzón Cárdenas, Abogado por la Universidad de Externado de Colombia y candidato a Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires, en el que analiza la argumentación de Robert Alexy en la cual la subsunción resulta poco racional por cuanto existe la ponderación; lo anterior bajo la hipótesis de que una descripción imprecisa de la subsunción más el entendimiento erróneo de las nociones de justificación y Habermas como “crítico de la fórmula de la ponderación”, ambientan el debate sobre la racionalidad de la misma y declara resuelto a su favor dicho debate.

El artículo de la Maestra Adriana María De Restrepo Ospina, Abogada y Maestra en Filosofía Política de la Universidad de Antioquia, Colombia, quien hace un análisis centrado en mostrar cómo cada una de las definiciones de los principios jurídicos en Dworkin, Alexy, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero intentan ofrecer un criterio que

permita una diferenciación clara entre reglas y principios desde el ámbito estructural y que sirva de soporte lógico y analítico a la distinción metodológica que de ella se deriva en el terreno aplicativo, señalando que la revisión detallada de los autores lleva a concluir que dicha distinción estructural no es defendible.

Finalmente, presentamos el artículo del Doctor Pinto Alberto Tiago Gagliano, Postdoctor por la Universidad de León, España, así como de la Pontificia Universidad Católica del Paraná (PUCPR); profesor de la PUCPR; y Juez de Derecho de la 2a Vara de Fazenda Pública de la Comarca de Curitiba, Provincia de Paraná, Brasil. Este artículo tiene como objeto desarrollar una comprensión de la argumentación jurídica desde la teoría fenomenológica presentando, también, una propuesta que podría añadirle a los fallos de las Cortes de Justicia elementos imprescindibles de la fenomenología haciendo que su argumentación se vuelva más racional.

Ya habiendo introducido de forma sintética tanto a los autores como sus investigaciones, es de mencionarse que este número de la Revista ofrece al lector distintas experiencias prácticas de operadores del derecho, así como diversas visiones de la ciencia y teoría jurídica que enriquecen la creación de conocimiento.

Por último, es importante remarcar que esto sólo ha sido posible gracias al trabajo de los autores, los evaluadores, el editor, los asistentes editoriales, la Coordinación del Programa de Posgrado y los Consejos de la Revista.

Deseo que este número sea de interés para el lector y sirva para incrementar su conocimiento e interés en la Ciencia del Derecho, pues a través de la cognición de diferentes posturas, comentarios o tesis se puede obtener una visión de conjunto sobre diferentes temas jurídicos que, en último término, abonan al pensamiento crítico y analítico haciendo que se abran al lector nuevas y muy interesantes perspectivas de estudio.

Dra. Abril Uscanga Barradas
Directora de la Revista del Posgrado
en Derecho de la UNAM.

ARTÍCULOS

LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LOS ESTADOS DE TABASCO Y SINALOA. COMPARATIVA CON LA PROHIBICIÓN DE MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL

LORENZO ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA¹

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto analizar de forma sucinta y sin ningún propósito agotador, el estado de la cuestión de la maternidad subrogada en dos modelos jurídicos de signos opuestos: el modelo español, en el que rige la prohibición de la maternidad subrogada; y los de dos Estados mexicanos, Tabasco y Sinaloa, donde se regula el proceso procreativo con determinadas garantías para la parte más débil de la relación jurídica, la madre gestante.

Es mi propósito defender la necesidad de una urgente regulación en España que dé una respuesta completa, actualizada y respetuosa con la dignidad y derechos fundamental de todas las partes: primordialmente, del niño por nacer, que, a diferencia de lo que ocurre en la adopción (se busca una familia para el niño) supone la búsqueda de un hijo para una familia.

El examen del derecho comparado ofrece una herramienta insustituible en la búsqueda del Derecho justo y el examen –necesariamente breve– de los modelos jurídicos de tabasco y de Sinaloa, representa un avance hacia el debate que queremos y necesitamos en España.

PALABRAS CLAVE: *maternidad subrogada, dignidad interés superior del menor, derechos fundamentales, padres intencionales, contrato de maternidad subrogada.*

ABSTRACT: The purpose of the present work is to analyze succinctly and without any exhausting purpose, the state of the question of surrogate motherhood in two legal models of opposing signs: the Spanish model, governed by the prohibition of surrogacy; and those of two Mexican states, Tabasco and Sinaloa, where the

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de León, España, con tesis CUM LAUDE sobre Derecho Internacional Privado; profesor de Derecho Civil en la Universidad de León y Magistrado en la Audiencia Provincial de León.

procreative process is regulated with certain guarantees for the weakest part of the legal relationship: the pregnant mother.

It is my purpose to defend the need for an urgent regulation in Spain that gives a complete, up-to-date and respectful response to the fundamental dignity and rights of all parties: primarily, the unborn child, who, unlike what happens in adoption (looking for a family for the child) is the search for a child for a family.

The examination of comparative law offers an irreplaceable tool in the search for fair law and the –necessarily brief– review of the legal models of Tabasco and Sinaloa involves an advance towards the debate that we want and need in Spain.

KEYWORDS: *Surrogate motherhood, Human dignity, Best interest of the child, Fundamental rights, Intended parents, surrogate parents, Surrogacy arrangement.*

SUMARIO: I. Introducción; II. La Situación de la maternidad subrogada en España; III. El discurso de la dignidad; IV. El comercio con el cuerpo de la mujer y la vida del niño por nacer; V. Breve exposición del régimen de la maternidad subrogada en dos estados mexicanos; VI. Epílogo.

I. INTRODUCCIÓN

El camino que algunos Estados del hemisferio sur han seguido de incorporar a sus ordenamientos jurídicos una regulación de la *procreación por sustitución* requería, no solamente un cauce de realización *técnica*, consistente en el auxilio de la ciencia biomédica, sino también otro *jurídico*, a través de la regulación que contenga en un doble sentido, de *tener-en* y de *con-tener* las pautas que se han de observar para la que en ningún momento del proceso tecnológico ni del establecimiento de la filiación, se produzca una rebaja de la dignidad de las partes intervinientes: del niño que cuya filiación se trata de establecer, de la madre biológica que ha renunciado a una porción nada despreciable de su intimidad y de su salud para dar a luz a aquel; y de los aspirantes a la paternidad, cuyo derecho a formar una familia *completa* debe quedar definido y co-

rrectamente ubicado en el lugar apropiado de nuestras constituciones y convenios internacionales.

Los avances de la técnica están a punto de colocar en las manos del *homo sapiens* las llaves de *la evolución misma de la especie*, lo que tenemos que mirar con alguna ambigüedad, como horizonte esperanzador y también como una frontera peligrosa que convendría cruzar con paso cauteloso, buena montura y mejor armadura.

Lo cierto es que la maternidad subrogada se nos aparece hoy como el único camino que algunas parejas pueden surcar en la búsqueda de la intimidad familiar y de la felicidad personal. Estamos obligados, pues, a preguntarnos si el Derecho no puede brindarnos la posibilidad de garantizar los derechos fundamentales de la madre alumbrante² que va a renunciar a la maternidad, y hacerlos compatibles con los demás intereses en presencia.

II. LA SITUACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN ESPAÑA

En España, la práctica de la gestación por sustitución se encuentra terminantemente prohibida por el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida de 2006, a cuyo tenor:

1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

² Lo que evidentemente supone el rechazo algunos los muy liberales y ciertamente repugnantes pactos que podemos leer en las cláusulas de algunos los contratos de maternidad subrogada al uso, en los que se conviene una retribución muy distinta para la mujer alumbradora, en función de que se produzca o no el parto; que el hijo alumbrado sea niño, o niña; que sea uno sólo o más... que nazca sin malformaciones o que aforen en su cuerpo los rasgos de una raza determinada, indicativos de una procedencia que no se advertía físicamente en la madre.... pactos que evidentemente son la resultancia de una concepción mercantilista, que rechazamos por ser frontalmente contraria a la dignidad y derechos consagrados en los arts. 10 y 14 de la Constitución española y concordantes de los convenios sobre derechos humanos ratificados por España.

2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.
3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales.

Se sigue de lo anterior que, en el marco del derecho español interno, no es posible reconocer la condición de madre a otra persona que a la mujer alumbradora, que ha engendrado y ha tenido al niño en un parto natural. Ello va tener insospechadas y muy dañosas consecuencias, como veremos más adelante

Hace años, una corriente humanista de pensamiento se apoderó de la Dirección General de los Registros y del Notariado, institución que rige la inscripción en el Registro Civil español de los actos relativos al estado civil y por lo tanto, de los *nacimientos* y de la *filiación* de los nacidos inscritos, y empezó a utilizar inteligentemente los mecanismos de Derecho Internacional Privado, en particular al reconocimiento en España de las decisiones extranjeras, para hacer posible que los padres que viajaban a algún estado permisivo con la maternidad subrogada, pudieran obtener del Registro Civil español el reconocimiento de su paternidad.

Aunque la Dirección General de los Registros y del Notariado era extremadamente rigurosa con los requisitos que se exigían a los padres intencionales que regresaban del extranjero con el niño bajo un brazo y con la documentación extranjera en la otra –y en modo alguno puede censurársele por eso– admitían que, a pesar de la prohibición establecida en nuestra ley, en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida no representaba un obstáculo insuperable para hacer realidad los sueños de las parejas impedidas de procrear.³

Sin embargo, el Tribunal Supremo español ha puesto fin a esa situación al declarar, en su Sentencia de 6 de febrero de 2014, que

³ Algunas de ellas, homosexuales, pues en España es admisible el matrimonio entre personas del mismo sexo, desde 2005.

el art. 10 de la Ley de 2006 constituye orden público frente al cual no puede oponerse ningún pacto entre padres comitentes y madre gestante, aunque haya sido concluido en el extranjero y aunque haya generado un vínculo de filiación válido, en otro Estado.

Ahora, los juristas nos preguntamos: ¿En qué situación quedan los niños nacidos en el extranjero, de padre españoles, resultado de una operativa de maternidad por sustitución? Porque, según la ley española, la madre legal es la que no quiere serlo. Y quienes quieren ser padres, no tienen ninguna posibilidad, salvo el padre que haya aportado su material genético, en los términos del art. 10.3 de la Ley. Así que el niño engendrado con estas técnicas en, por ejemplo, California, EE.UU –porque en México los padres españoles tienen vedado el acceso a la procreación por sustitución– tiene unos padres legales determinados (los padres comitentes o intencionales) en California; pero, al pasar la frontera y quedar en suelo español, la madre del niño es la madre californiana que ha renunciado expresamente a la maternidad. Y si ésta se encuentra casada, con arreglo al derecho español, el padre del nacido es el esposo de la mujer gestante que ha renunciado a la maternidad.⁴

Como consecuencia de tal esquizofrénica formación de su identidad, el niño no puede decir quiénes son sus padres, no puede beneficiarse de la inscripción de un vínculo generativo en el Registro Civil español, existe una extremada falta de certeza sobre quienes pueden ejercer la patria potestad, pues los padres comitentes no son más que *guardadores de hecho*, a lo sumo acogedores, del hijo del que deseaban devenir padres, y ... en caso de fallecimientos de estos, el niño no puede heredar.

El Tribunal Supremo español ha exhibido en su Sentencia de 6 de febrero de 2014 una argumentación tributaria del arsenal argumental de motivos éticos expuestos en el año 1986 en el Informe

⁴ A tenor del art. 116 del Código Civil español, “Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.”

Palacios que se recabó por el Congreso de los Diputados cara a adoptar criterios que debieran llevarse a la que sería nuestra primera Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, la ya derogada Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.⁵

⁵ Recomendaciones de la Comisión Palacios. Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in Vitro* y la Inseminación Artificial Humana (aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 10 de abril de 1986).

“Hay en la gestación de sustitución —se afirmaba en el informe— cuestiones de gran trascendencia a considerar, que pueden ser fuente de conflictos de intereses y desencadenantes de graves problemas entre la pareja estéril solicitante, la mujer sustituta o portadora, y el hijo, que en algunos casos pueden repugnar a su aceptación ética y en otros derivarían en interrogantes de carácter legal sin duda de difícil interpretación:

—Si la mujer portadora está casada o forma pareja estable, debiendo contar con el consentimiento del varón.

10 Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación *in Vitro*.

—Si la mujer gestante contrae una grave enfermedad por efectos del embarazo, de carácter crónico, que pueda afectarla toda su vida.

—Si la mujer gestante contrae una enfermedad que puede producir graves anomalías al feto, por ejemplo, de tipo vírico, y la pareja estéril solicitante pide la interrupción del embarazo.

—Si se invierte el caso anterior y es la mujer estéril quien realiza o pretende realizar el aborto.

—Si la pareja solicitante se divorcia, o muere uno de los miembros o los dos, durante el embarazo.

—Si el hijo nace con malformaciones o anomalías y no es aceptado por la pareja estéril.

—Si la mujer embarazada no renuncia a la maternidad y desea que el hijo sea plena y legalmente suyo.

—Si existieran conflictos derivados de una comercialización descubierta por la crisis originada.

—Si la mujer gestante cede al hijo y ello le produce daños psicológicos de importancia.

—Si hubiere otras personas (la donante de óvulos, por ejemplo) con intenciones pleitistas, etc.”

—Si el hijo reivindica su origen genético y obstetricia.”

En efecto, en el Informe Palacios se concluía que la gestación por sustitución debía ser rechazada, en parte por las dificultades jurídico–empíricas de su regulación y de su ulterior operatividad en el marco de la sociedad española; pero también por razones éticas, que son, sencillamente, las que con una dicción adaptada a la literatura postconstitucional, hemos leído en los Fundamentos jurídicos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014:

[...] al considerar que hay una unidad de valor en la maternidad que en ella no se respeta y que crea una distorsión deshumanizadora. También, porque puede constituirse en una nueva forma de manipulación del cuerpo femenino (a la que la situación desfavorable de la mujer en el mercado puede contribuir), un abuso y una comercialización, a todas luces condenables y punibles[...]⁶

III. EL DISCURSO DE LA DIGNIDAD

Mucho se ha escrito a lo largo de los siglos XIX y XX,⁷ sobre la dignidad del ser humano, proclamada como principio básico de numerosos ordenamientos, y del nuestro en el art. 10 de la CE, se ha escrito mucho y se han escrito muchas proclamaciones ideológicas –antagónicas– con pretensiones de ser verdades reveladas. Es lo cierto que al amparo de la dignidad han combatido tanto los partidarios de hacer de ella un arma contra la maternidad subroga-

⁶ Años después, y hasta muy poco antes de promulgarse la vigente Ley 14/2006, el principal responsable de este Informe, el Profesor Palacios Alonso, seguía postulando la necesidad de mantener la prohibición del art. 10 de la primitiva Ley 35/1988, con los mismos argumentos PALACIOS ALONSO, M., “Ley Sobre Técnicas de Reproducción Asistida (35/88): de 1988 a 2005” en *Estudios jurídico penales sobre genética y biomedicina, Libro homenaje al Prof. Dr. Ferrando Montovani*, VV.AA. (Coord.: I. Benítez, L. Morillas, J. Peris), Dykinson, Madrid, 2005 p. 20.

⁷ A tenor de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948 “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.”

da, como los defensores de la admisión de ésta como componente inseparable del derecho del ser humano a la procreación.⁸

A los juristas que estamos acostumbrados a pensar el Derecho—cada norma de Derecho— en términos de *transversalidad de la dignidad y de los derechos fundamentales*, nos parece claro que la proclamación de la dignidad humana en el art. 10 de la Constitución española es mucho más que un mero juicio moral. Pero algunos nos aventuramos a mantener que no hay nada *indigno* en facilitar a otros la paternidad, con sacrificio del propio cuerpo, siempre que ello no suponga la prestación de un servicio remunerado. La mujer que, sin percibir un precio, se niega como madre a sí misma a través de una subrogación contractual, le reconoce ese papel a otra mujer y juntas hacen posible el nacimiento de un vínculo filial.

⁸ Cfr. PÉREZ MONGE, M., “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regulación versus realidad”, en *Revista de Derecho Privado*, julio–agosto 2010, pp 41–64; en cambio, A.J. Vela Sánchez considera que la dignidad debe llevarnos a la posición opuesta, es decir, a aceptar la existencia, asociada a esa misma dignidad humana de un *derecho a la procreación*. Cfr. VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler. Cuestiones que suscita la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, en *Diario LA LEY*, núm. 7608, 11 de abril de 2011, pp. 1 a 17; “Propuesta de regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. El recurso a las madres de alquiler: a propósito de la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010”, en *Diario LA LEY*, núm. 7621, 3 de mayo de 2011, pp. 1 y ss.; “Problemas prácticos del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en nuestro ordenamiento jurídico”, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 53, 2011, pp. 67 y siguientes; “De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011”, en *Diario LA LEY*, núm. 7815, 9 de marzo de 2012, pp. 8 y siguientes. *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares, Granada, 2012; y “La gestación por encargo desde el Análisis Económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”, en *LA LEY*, núm. 8055, 2013, pp. 8 y ss.

En mi opinión, la mujer que alumbra a un niño sobre el que no ejercerá la maternidad, haciendo posible el *proyecto procreativo de otra mujer*, no niega más de lo que da, ni se niega a sí misma como madre en una forma menos radical ni más censurable que la mujer que ingresa en una orden religiosa con voto de castidad, o se entrega al deleite sexual utilizando los medios anticonceptivos que la ciencia nos ha proporcionado y que hemos introducido en el mercado.

IV. EL COMERCIO CON EL CUERPO DE LA MUJER Y LA VIDA DEL NIÑO POR NACER

La posibilidad de convertir el cuerpo de la mujer gestante en una mercancía, sin duda origina un *problema* ético que puede engrosar el contenido del orden público internacional con la referencia a la *moral* como límite de la autonomía de la voluntad de las partes.

Al planteamiento del riesgo del mercantilismo que se ha manejado, por el Tribunal Supremo y por los distintos comités de ética que se han pronunciado sobre el asunto, se le pueden dirigir dos objeciones. Por un lado, el art. 10 de la LTRA establece la nulidad del contrato de maternidad por sustitución en todo caso, no sólo cuando la mujer gestante alquila su útero y su cuerpo entero, puesto al servicio de la maternidad de otros, sino incluso cuando lo hace a título gratuito. En estas últimas circunstancias no está en juego, desde luego, la conversión en mercancía lo que el Derecho español considera *res extra commercium*,⁹ ni tampoco puede decirse que se coloque a la mujer gestante, necesitada de recursos económicos, en la indigna situación de tener que renunciar a lo irrenunciable para poder subsistir. Por otro lado, sin cuestionar ni minusvalorar el papel director que tiene el Tribunal Supremo en la definición de los principios fundamentales de nuestro orden público interno

⁹ Cfr. Art. 1271 del Código Civil española: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras.”

e internacional, tendríamos que poner de manifiesto que, en los últimos años, el papel de la intención de los padres ha recibido un importante espaldarazo por parte del legislador y de la jurisprudencia de los Tribunales en el marco de la acciones de filiación.

Seguramente el argumento que con mayor fuerza puede impactar en la sensibilidad del ciudadano es el de la falta de igualdad económica de las partes. El panorama que nos ofrece el Alto Tribunal es el de un verdadero *contrato forzado*, en el que la mujer sumida en la pobreza presta su organismo a cambio de una limosna que necesita para sobrevivir. También se podría decir que el reconocimiento en nuestro sistema de cualquier forma de maternidad subrogada daría carta de naturaleza al control, sojuzgamiento y explotación de la mujer.¹⁰

Entiendo que tales argumentos han sido refutados con sólidas razones por los firmantes del Voto particular que se formuló a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014, haciendo notar que ese panorama que opone a la mujer depauperada y necesitada y a los comitentes ricos del hemisferio Norte, no se puede generalizar y no tiene por qué corresponder a la realidad, no justifica que se subestime la capacidad para consentir de la madre gestante, cuya declaración de voluntad es emitida ante una autoridad competente según los propios criterios de competencia judicial internacional del Estado del foro; velando esa autoridad porque se preste tal declaración con libertad y pleno conocimiento de las consecuencias.

La perspectiva de la desigualdad estructural del contrato de maternidad subrogada no nos puede impedir el abordaje de la cuestión desde el exigente mandato de un *consentimiento informado* que es nota

¹⁰ Cfr. KRIMMEL, H. (1995). “La posición en contra de la maternidad sustituta”, en *Decisiones de Vida y muerte, Sudamericana*, (Eds. Luna, F. y Salles, A.); Buenos Aires, 1995; STOREY, G., “Ethical Problems Surrounding Surrogate Motherhood”, en *Bioethics*, vol. II, 5, 2000; VASANTI, J. y otros, “Surrogacy: the experiences of surrogate mothers”, en *Human Reproduction*, vol. 18, 2003, n.º, 10, pp. 2196-2204.

común e insoslayable en todos los ordenamientos extranjeros en los que se reconoce la validez del contrato de maternidad subrogada y del vínculo de filiación que el mismo es susceptible de originar.

En todo caso, los problemas, tanto económicos como técnicos que pueda plantear la prestación del consentimiento por parte de las madres portadoras o madres gestantes, puede subordinarse por la ley a una supervisión o control, que es susceptible de una extensísima gradación, sin excluir una supervisión judicial previa en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. El Informe Preliminar de la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya nos habla de algunos sistemas que han optado por la aprobación previa de los contratos de maternidad subrogada

(“pre-approval” of surrogacy arrangements); sistemas caracterizados por el dato de que los padres comitentes y la futura madre portante o madre gestante se someten a unos exámenes médicos y psico-sociales que tienen como finalidad determinar si mantienen el perfil humano apropiado para sumir los compromisos propios del caso —cara, principalmente, a evitar retractaciones o cambios de planteamiento vitales que originarían un daño o un riesgo de incertidumbre jurídica para los menores que nazcan de tales acuerdos. Esa aprobación previa, ya sea dispensada por órganos de la Administración o de la Jurisdicción, tiene por objeto, además, que las partes reúnen los requisitos establecidos en la ley (Informe, Apdo 17).

V. BREVE EXPOSICIÓN DEL RÉGIMEN DE A MATERNIDAD SUBROGADA EN DOS ESTADOS MEXICANOS

1. En tabasco, la gestación por sustitución está permitida para parejas heterosexuales legalmente casadas o que actúen como marido y mujer, es decir, que mantengan una convivencia. Sólo se admite la gestación subrogada con carácter altruista, es decir, sin compensación económica alguna.

La ley de este Estado contempla dos tipos de madres gestantes: por una parte, la madre gestante que podemos llamar propiamente

sustituta, que es la que se presta a gestar en su cuerpo el embrión proporcionado por medio de las técnicas de reproducción asistida, por la pareja comitente. De este modo, no existe una vinculación genética entre esta madre y el niño por nacer.

En segundo lugar, una madre gestante–donante que no sólo presta su cuerpo para albergar el embrión, sino que, además, aporta sus propios óvulos a fin de hacer posible el inicio del proceso gestativo. Esta es una madre a la que podría aplicársele el criterio gestativo.¹¹

Desde la última modificación del Código Civil, la maternidad subrogada en Tabasco ha quedado relegada exclusivamente a ciudadanos mexicanos, por lo que ha dejado de ser, como lo fue en otra época, un paraíso procreativo, destino de parejas, por ejemplo, europeas.

La nueva normativa sobre la maternidad subrogada en este Estado ha originado un agria polémica entre los partidarios y detractores del proyecto procreativo. En el Código Civil se reconoce la maternidad subrogada como una actividad procreativa válida, sustentada en el acuerdo de los interesados.

¹¹ Los tres criterios fundadores de la paternidad Tales criterios han sido magistralmente concretados en la doctrina italiana por la profesora CAMPIGLIO:

1) *Criterio genético*: es padre el que aporta el material genético que va a formar el genotipo del niño. La LTRA toma este criterio como base para la atribución de paternidad al titular del material genético masculino en los casos de maternidad subrogada, siempre que no sea un donante anónimo, pero le hace cargar con el pesado gravamen de ejercitar la correspondiente acción de reclamación de tal paternidad (art. 10.3).

2) *Criterio gestativo*. La madre –nunca el padre– es la que gesta con su cuerpo y alumbró al niño, prescindiendo de que haya sido fertilizada con material genético de otros, donantes conocidos o anónimos, o de que aporte el suyo propio.

3) *Criterio social*. Es padre el que está dispuesto a cumplir las obligaciones de tal, dentro de la unidad familiar y cara a toda la colectividad social, con efectos extraños que alcanzarán las *tabulae* del Registro, el nombre y apellidos, los alimentos y la sucesión mortis *causa*. CAMPIGLIO, C., “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, en Rivista de Diritto Internazionale Privato e Processuale, XLV, núm.3, 2009, pp. 589–604.

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, sin aportación de material genético propio, se presume la maternidad de la madre contratante o intencional, ya que la aportación de su propio material genético implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre aportante de material genético, es ella la madre en sentido legal y la transferencia de la maternidad debe operarse a través de la adopción plena.

En cambio, la madre en el doble sentido que hemos apuntado, que aporta sus óvulos, es reconocida como madre legal del niño. Tal como la ley establece, cuando la gestante tiene una vinculación genética con el nacido, entonces es reconocida como madre legal del bebé. En ese caso, la gestante deberá renunciar a esta maternidad en favor En el caso de no haber vinculación genética con el bebé, la madre intencional será reconocida como madre legal del nacido.

Lo que parece claro en la ley es que, con independencia de que los óvulos pertenezcan o no a la madre intencional, o a una donante, el destino final del niño es incorporarse a la familia de la madre intencional.

Para acceder a un tratamiento de gestación por subrogación, los padres intencionales deben ser hombre y mujer casados o en concubinato, y deben justificar su impedimento procreativo mediante un certificado médico que deben presentar ante la Secretaría de Salud de Tabasco. La madre intencional no puede tener más de 40 años. Por otro lado, los padres comitentes tienen la obligación de contratar un seguro médico de gastos mayores a la gestante que cubra tanto el embarazo como el parto y el puerperio (*artículo 380 Bis 7 párrafo 3*).

Tras el nacimiento del niño, los aspirantes a la paternidad deben someterse a un procedimiento de adopción plena, independientemente de que hayan aportado algún material genético en el proceso biológico procreativo; exigencia ésta que ha sido severamente criticada por la doctrina especializada, por la incoherencia que mantie-

ne con la propia ley tabasqueña de filiación y adopción, pues no tiene sentido una doble atribución de la relación jurídico paternofilial, su ya existe un vinculo genético entre el niño y alguno de los padres.

Por lo que se refiere a la mujer Gestantes con aportación de su propios óvulos o material genético, debe tener entre 25 y 35 años, (*artículo 380 Bis 9 5 sección 3*).

Es a la Secretaría de Salud del estado de Tabasco a quien le incumbe la vigilancia de todos los procesos de gestación subrogada, siendo este organismo el que debe determinar el perfil clínico, psicológico y social de las madres gestantes, pudiendo recabar de las demás instituciones mediadoras, sanitarias o no, incluso de los órganos jurisdiccionales que hayan entrado en contacto con los padres comitentes o intencionales, los informes necesarios.

2. La Ley de maternidad subrogada de Sinaloa exige igualmente que los futuros padres sean ciudadanos mexicanos para tomar parte en un proceso de gestación subrogada; y además, exige que la madre intencional sufra un impedimento o incapacidad procreativa. Sin embargo, un aspecto diferencial, de la mayor trascendencia, con respecto al régimen del Derecho de Tabasco, es que admite tanto la gestación subrogada altruista como la pactada con compensación económica.

Se dispone en el Artículo 283 de la ley sobre técnicas de reproducción asistida del estado de Sinaloa, que

La maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer, padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

Por lo que se refiere a la mujer gestante, la ley exige que tenga entre 25 y 35 años, que sea madre de un hijo consanguíneo sano, que presente una buena salud física y mental y que tenga capacidad

para prestar el consentimiento voluntario de poner su cuerpo a disposición del proceso gestacional a favor de los padres intencionales

Además debe acreditar mediante dictamen médico que no ha estado embarazada durante el año previo a la implantación del embrión y que no ha participado más de dos ocasiones consecutivas en este procedimiento.

3. Mientras algunos Estados europeos tratan de superar la prohibición de la maternidad subrogada que haría realidad los sueños de numerosas parejas impedidas de procrear, otros Estados hermanos, en latinoamérica, tratan de avanzar en sentido inverso, prohibiendo lo que en los años pasados ha sido una realidad y una conquista jurídica.

En efecto, recientemente, algunos especialistas en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) se han dirigido al Congreso de la Unión para que no se dé luz verde a las modificaciones de la Ley General de Salud con la que se generalizarían las prácticas procreativas en torno a la maternidad por sustitución, en todo el país, toda vez que —se dice— con ello se atenta contra la dignidad humana.

Por lo que se refiere al Estado de Sinaloa, existe una propuesta de ley con intención de prohibir en el Estado de Sinaloa la gestación subrogada; aunque todavía no ha sido aprobada y por tanto no es más que únicamente Derecho proyectado, refleja un estado de opinión del pueblo mexicano que sigue, en su aspiración por un Derecho justo, impulsos de diferente signo en torno a la dignidad humana, el comercio de seres humanos, y la desigualdad estructural entre padres frustrados y potenciales madres gestantes.

VI. EPÍLOGO

En la actualidad, España y México aparecen igualmente extraviadas en la búsqueda de la mejor defensa de la dignidad del ser humano.

Los Estados tienen que tomar una decisión que venga a dar satisfacción a las necesidades sentidas por la comunidad, sin que el hecho de que carezcamos en España, no en México— de tradición histórica acerca de la maternidad subrogada, tenga el significado de una puerta cerrada, llamémosle *orden público*, *ley de policía*, *fraude de ley* o de cualquiera otra manera.

El estudio del Derecho comparado —y en particular, a los juristas españoles, el estudio de las legislaciones de algunos de los Estados mexicanos— nos ofrece muestras de regulación en las que se respeta la dignidad de la mujer alumbradora, que tanto le preocupaba al Tribunal Supremo español en aquella Sentencia de 6 de febrero de 2014.

En cuanto a la significación jurídica del comercio de seres humanos, se trata de una metáfora que tampoco puede suponer un obstáculo insalvable a través de una regulación cautelosa, que fije la compensación económica en favor de la madre biológica, no en razón del resultado del proceso de la gestación, sino del sacrificio orgánico y fisiológico que la sumisión a ese proceso, gestación y parto incluidos, le va a suponer.

Cualquier consideración de los derechos y expectativas de las partes involucradas debe considerar el nivel y la dimensión éticos de cada una de las cuestiones involucradas en la maternidad por subrogación, pues no otra cosa exige la contemplación de la dignidad humana y el valor justicia que inspira nuestra Constitución, lo que significa, cuando menos, que aspiramos a un Derecho justo.

De los diversos temores que puede inspirar un cambio de rumbo, no es el más pequeño el de que algún resquicio legislativo deje el paso franco al *turismo reproductor*,¹² aunque también es cierto que tal peligro se conjuraría exigiendo la residencia habitual en España a, al menos, uno de los padres comitentes, solución adoptada en el Reino Unido y en otros Estados de la Commonwealth, o bien

¹² Cfr. VELA SÁNCHEZ, A.J., “La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. Medidas anticrisis desde el Derecho de Familia”, en *Diario La Ley*, n.º 8055, Sección Doctrina, 4 de abril de 2013, año XXXIV, pp. 1-14.

subordinando la licitud del contrato a la gratuidad de la prestación de la madre portante/gestante.

En el debate que anima a los juristas mexicanos y españoles, no puede prescindirse, por supuesto, de las opiniones de los Comités y Comisiones de Ética y de los profesores de filosofía del Derecho, algunos más encendida y enconadamente contrarios, cada día que pasa, al fenómeno de la procreación por sustitución.

Nada más lejos de mi intención la de cuestionar la legitimidad y la legitimación de estos Comités y profesores que en nombre de la ética demandan un abordaje controlado de las técnicas de reproducción asistida, para que el viaje que nos queda por hacer a todos, como especie *sapiens*, sea también un “viaje” controlado. Sin embargo hemos de puntualizar que NO le corresponde a ningún comité, conferencia o colegio, la última palabra en materia de ética. Las claves para la construcción del ser humano del futuro, y su configuración en clave de *homo eticcus*, nos concierne a todos: al Hombre de la Calle, a los padres frustrados, a los padres hipotéticos, a los espectadores, a las parejas homosexuales y heterosexuales, a los científicos que puedan o hayan de tener intervención en los procesos de la creación de la vida, a los niños y no tan niños que hayan sido procreados según las practicas autorizadas en las disposiciones legales sobre reproducción asistida, –disposiciones españolas y extranjeras– a los juristas y a todos los ciudadanos que esperan del legislador les proporcione unas coordenadas de vida en un marco de Derecho justo.

LA REVISIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRIVACIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

LUIS ÁNGEL BALLESTEROS MOFFA¹

RESUMEN: Es conocido el momento de madurez que atraviesa el instituto de protección de datos personales en la Unión Europea, con una ambiciosa renovación de su régimen común, que obligará a revisar la regulación interna de los Estados miembros. La Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, tiene los días contados merced a la aprobación del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. El cual obedece a los nuevos retos tecnológicos y de globalización, unidos a la necesidad de una regulación homogénea directamente aplicable que evite las divergencias en la ejecución y aplicación de la Directiva, aunque no será aplicable hasta el 25 de mayo de 2018. Renovación que, también en forma de Reglamento europeo de directa aplicación, se hace extensiva a los particulares riesgos que las comunicaciones electrónicas, y, sobre todo, Internet, representan para la información personal. A la vez que se hace más exigente desde esta perspectiva la lucha común contra la delincuencia organizada y el terrorismo, según evidencian la Directiva (UE) 2016/680 de policía y la Directiva (UE) 2016/681 de transferencia de datos PNR.

PALABRAS CLAVE: *privacidad, Reglamento general de protección de datos, comunicaciones electrónicas, seguridad.*

ABSTRACT: The right to personal data protection is going through a maturity period in the European Union, with an ambitious reform of its legal system, forcing Member States to reform their regulations. The Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, will be replaced by Regulation (EU) 2016/679, of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016. This

¹ Doctor en Derecho y Profesor Titular de Derecho Administrativo (acred. Catedrático) Universidad de León (España).

Regulation is attributable to the emerging challenges of technology and globalisation, together with the need for homogeneous and directly applicable regulation that will avoid divergences in the implementation and application of the Directive, although it shall not come into effect until 25 May 2018. Reform, also in the form of a European Regulation with direct application, is extended to the specific risks of electronic communications, and in particular the internet, for the personal information. At a time of renewal of the data protection legal framework from the perspective of common fight against organised crime and terrorism, as evidenced by the Directive 2016/680 for data protection in the police and criminal justice sectors, and the Directive 2016/681 on the use of PNR data.

KEYWORDS: *privacy, General Data Protection Regulation, electronic communications, security.*

SUMARIO: I. El reglamento (UE) 2016/679, del parlamento europeo y del consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos: un punto de inflexión en la tutela jurídica de los datos personales; II. La adaptación de la protección de la información personal a los distintos ciclos tecnológicos: un reglamento europeo sobre privacidad y comunicaciones electrónicas; III. Los límites al derecho de protección de datos personales; IV. Bibliografía.

I. EL REGLAMENTO (UE) 2016/679, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 27 DE ABRIL DE 2016, RELATIVO A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS FÍSICAS EN LO QUE RESPECTA AL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES Y A LA LIBRE CIRCULACIÓN DE ESTOS DATOS: UN PUNTO DE INFLEXIÓN EN LA TUTELA JURÍDICA DE LOS DATOS PERSONALES

1. EL ART. 8 DE LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, DE 7 DE DICIEMBRE DE 2000



nadie se le oculta que el instituto de protección de datos personales constituye una de las respuestas más enérgicas del Derecho al carácter potencialmente lesivo de las tec-

nologías de la información y comunicación. Aunque no faltan voces que consideran sobredimensionada la última revolución tecnológica,² cuanto mayores son los avances y posibilidades técnicas mayor y más preciso es el papel asumido por los ordenamientos en la conjura de las patologías de la sociedad de la información.³ El “lado oscuro de internet”⁴ como principal fuente de desafíos, que también en lo jurídico exige de una consideración interdisciplinar a partir de los contextos internacional y europeo. Sin dejar de profundizar en la ventana administrativa abierta de la intimidad informática o autodeterminación informativa, en concurso con el sector de las comunicaciones electrónicas, tanto en su dimensión externa de tutela administrativa a los ciudadanos como interna de servicios y ficheros administrativos.

Decisivos hitos que evidencian la consolidación jurídica de la protección de datos personales, frustrando –aquí sí– cualquier “utopía digital”. En particular, interesa reparar en los que han dado lugar a sus líneas maestras, europeas e internas, constitucionales y administrativas. Y en la traducción de sus facultades negativas y positivas a los específicos riesgos de las comunicaciones electrónicas, en permanente adaptación a la deriva tecnológica. Lo que permite dibujar sin dificultad una premisa de sólidas raíces y renovadas ramificaciones jurídicas, que ponen al día la institución.

En el frontispicio del régimen jurídico, la salvaguarda de la información personal se erige en un derecho fundamental con sustantividad propia, a tenor del art. 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, adaptada el 12 de diciembre de 2007. “Toda persona tiene derecho a la protección

² GORDON, R. J., *The Rise and Fall of American Growth. The U.S. Standard of Living Since the Civil War*, s.c., Princeton University, 2016.

³ LYON, D., *El ojo electrónico. El auge de la sociedad de la vigilancia*, Madrid, Alianza Editorial, 1995.

⁴ MOROZOV, E., *El desengaño de internet. Los mitos de la libertad en la red*, Barcelona, Destino, 2012; y *La locura del solucionismo tecnológico*, Madrid, Katz, 2015.

de los datos de carácter personal que la conciernan [...]”, reza este precepto jurídicamente vinculante, con independencia del respeto a la vida privada y familiar del art. 7;⁵ junto con los arts. 39 del Tratado de la Unión Europea y 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión, que reclaman normas tuitivas frente a tratamientos comunitarios y estatales, también en el ámbito de la política exterior y seguridad común, y sobre la libre circulación de estos datos.

Por lo que se refiere al ordenamiento español, tras excluir la naturaleza interna de derecho de estricta configuración legal por la mera remisión del art. 18.4 de la Constitución, se suma su incardinación como derecho fundamental en el sistema constitucional de protección de los arts. 53, 81 y 149.1.1.^a –con otros preceptos menores, como el art. 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que considera nulos de pleno derecho aquellos actos administrativos lesivos de derechos susceptibles de amparo constitucional–.⁶ Encontrando este acomodo constitucional a través del

⁵ Tal y como aconsejó el Grupo de Protección de las Personas, como órgano consultivo independiente de la Unión Europea creado en virtud del art. 29 de la Directiva 95/46/CE, en virtud de su Recomendación 4/99, Inclusión del derecho fundamental a la protección de datos en el Catálogo europeo de derechos fundamentales, aprobada el 7 de septiembre de 1999 (ref. 5066/00, WP 26).

⁶ El Tribunal Constitucional acepta su naturaleza de derecho constitucional aunque de configuración legal, es decir, de verdadero derecho constitucional que requiere de *interpositio legislatoris* para la definitiva fijación de su contenido y desarrollo, y consiguiente plena eficacia. Con la importante precisión de que incluso este tipo de derechos constitucionales de configuración legal gozan de un contenido esencial mínimo garantizado directamente por el texto constitucional, capaz de hacerse valer con anterioridad a su desarrollo legal, y susceptible de servir de pauta de constitucionalidad de esta regulación legal *ex* art. 53.1 Constitución, referente al respeto del contenido esencial de los derechos constitucionales por parte de su regulación legal. Con lo que nuestro máximo intérprete constitucional no solo ha compatibilizado el fundamento constitucional del derecho con la remisión legal del art. 18.4, sino también con el art. 53.1. Considerando en concreto incluidas en este contenido esencial mínimo de configuración constitucional tanto la vertiente negativa de exclusión como las propias facultades de disposición y control de la

reconocimiento de un derecho fundamental autónomo, respecto de otros clásicos derechos como el de la intimidad,⁷ sin perjuicio de su intrínseca relación, como evidenciara la postura un tanto ecléctica de la STC 292/2000, de 30 de noviembre,⁸ según la cual, la vertiente negativa del derecho que se refiere a datos personales íntimos corresponde tanto al derecho a la intimidad como al derecho autónomo de protección de datos, mientras que la vertiente negativa de datos personales no íntimos, más la vertiente positiva de cualquier tipo de dato personal, corresponde exclusivamente al derecho autónomo de protección de datos del art. 18.4 de la Constitución.⁹

vertiente positiva, habiendo defendido no obstante la exclusiva inclusión de la vertiente negativa dentro de este núcleo de configuración constitucional previo al desarrollo legal, el Voto Particular a la STC 254/1993, de 20 de julio, formulado por el Magistrado y entonces Presidente del Tribunal Constitucional RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER.

⁷ Que, en el caso del Voto Particular a la STC 290/2000, de 30 de noviembre, formulado por el Magistrado JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA, y al que prestó su adhesión el Magistrado DE MENDIZÁBAL ALLENDE, se asentaba en un derecho atípico o no escrito de creación jurisprudencial como una de las funciones del Tribunal Constitucional.

⁸ Estimatoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo contra determinadas previsiones limitativas de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, por no cumplir la doctrina de límites a los derechos fundamentales. En concreto, esta STC 292/2000 declaró inconstitucionales y nulos determinados incisos de sus arts. 21.1 y 24.1 y 2, por los que se reconocían límites o excepciones genéricas e indeterminadas a las facetas positivas de la libertad informática en favor de las Administraciones (en concreto, a los derechos de cesión de datos bajo consentimiento u *ope legis*, información, acceso, rectificación y cancelación), por no cumplir con el requisito del art. 53.1 de la Constitución de reserva de ley, ni tampoco con el respeto al contenido esencial del derecho fundamental limitado, exigido asimismo por el mencionado precepto constitucional.

⁹ Véanse VERDIER HERNÁNDEZ, S., Comentarios sobre la STC 292/2000, de 30 de noviembre, relativa a la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 17, septiembre 2001, pp. 2865-2876; DE LA TORRE TRINIDAD, S., "Creación de un derecho fundamental

2. LA DIRECTIVA 95/46/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 24 DE OCTUBRE DE 1995, Y EL REGLAMENTO (UE) 2016/679, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 27 DE ABRIL DE 2016

Es la naturaleza de derecho fundamental precisamente la que ha dejado en manos del legislador orgánico estatal en España las competencias legislativas en la materia, sin perjuicio naturalmente de la legislación autonómica y conexas en la medida en que la reserva de ley orgánica del art. 81.1 de la Constitución¹⁰ se vincula restrictivamente al desarrollo general y directo de los derechos fundamentales, sin menoscabo de la numerosa legislación específica con incidencia en privacidad, como su traslación a las comunicaciones electrónicas o en el marco de la transparencia pública. Si la primera Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal (LORTAD) bebía directamente del art. 18.4 de la Constitución y del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal,

a la protección de datos”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 19, octubre 2001, pp. 3193-3194; JIMÉNEZ RIUS, P., “Estudio de la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, por la que se declaran inconstitucionales determinados artículos de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos Personales”, *Al Día*, núm. 22, noviembre 2001, pp. 1-4; SERRANO PÉREZ, M.^a M., *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Thomson-Civitas, Navarra, 2003, pp. 171 y ss.; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., “Algunas consideraciones sobre la libertad informática y el derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia constitucional”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 1, 2003, pp. 99 y ss.; REBOLLO DELGADO, L., *Derechos fundamentales y protección de datos*, Madrid, Dykinson, 2004.

¹⁰ Frente a las reservas de ley establecidas tanto en el art. 18.4 de la Constitución —respecto a la protección de datos— como en el art. 53.1 de la Constitución —en relación a todos los derechos constitucionales del Capítulo segundo del Título primero—, asépticas a la hora de asignar la competencia a uno u otro legislador.

hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981,¹¹ la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) transpone la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Instrumento de armonización que cumple con dos de las ambiciones más antiguas del proyecto de integración europea, ocupando desde entonces un lugar destacado en el Derecho de la Unión: la realización del mercado interior (libre circulación de datos personales) y la protección de los derechos fundamentales. Cuya transposición ha completado el Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre (RLOPD), además del anterior Estatuto de la Agencia Española de Protección

¹¹ Si los primigenios documentos centrados en la incidencia de los avances tecnológicos sobre los derechos humanos vieron la luz en el seno de Naciones Unidas y Consejo de Europa, muy pronto esa misma preocupación se extendería a otros foros, como las propias Comunidades Europeas o la OCDE. Ha sido de hecho bajo los auspicios de estas cuatro Organizaciones desde donde han surgido los documentos maestros en la materia, como ejes vertebradores de su armonización internacional. Entre ellos, la Resolución de la ONU 2450 (XXIII), de 19 de diciembre de 1968, donde se reconoce la necesidad de fijar límites a las aplicaciones de la electrónica por su incidencia en los derechos de la persona, siendo el punto de partida de ulteriores informes y trabajos; la Recomendación de la OCDE, de 23 de septiembre de 1980, referente a las líneas directrices tendentes a regular la protección de la vida privada y los flujos transfronterizos de datos de carácter personal, así como su Recomendación de 26 de noviembre de 1992, sobre la seguridad de los sistemas de información; y el Convenio 108 del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, firmado en Estrasburgo el 28 de enero de 1981. Véanse FROSINI, V., “La convenzione europea sulla protezione dei dati”, *Rivista di Diritto Europeo*, núm. 24, 1984, pp. 3-18; AUSEMS, E. J., “La protección de las personas frente al tratamiento automatizado de los datos personales en el marco del Convenio 108 del Consejo de Europa”, en *Jornadas sobre informática judicial y protección de datos personales*, Vitoria-Gasteiz, 1994, pp. 15-27.

de Datos, aprobado por Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, declarado vigente por la disposición transitoria tercera de la LOPD.

Una Directiva que tiene los días contados merced a la aprobación del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la misma. Pues, aunque sus objetivos y principios siguen siendo válidos, el Reglamento, que será aplicable –con efecto de su derogación– a partir del 25 de mayo de 2018, obedece a los nuevos retos tecnológicos y de globalización, que requieren un marco más sólido, coherente y simplificado en la Unión Europea, capaz de combinar la apertura a los flujos internacionales de datos con el máximo grado de protección de las personas físicas.¹² Unido a la necesidad de una regulación homogénea directamente aplicable que evite las divergencias en la ejecución y aplicación de la Directiva, garantizando poderes equivalentes en los veintiocho Estados para supervisar y garantizar el cumplimiento de las reglas de protección bajo sanciones equivalentes.¹³ Sin que la normativa única paneuropea, por otra parte, excluya la regulación de los Estados, al disponer de cierto margen de maniobra para trasladar y especificar aquella, lo que exigirá la reforma de nuestra LOPD y resto de normativa interna.

¹² Establece el marco estratégico de la Comisión con respecto a las decisiones de adecuación, así como otros mecanismos de transferencia de datos e instrumentos internacionales de protección de datos, en el contexto de facilitar su circulación mediante el fomento de la convergencia de los ordenamientos jurídicos, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y Consejo, “Intercambio y protección de los datos personales en un mundo globalizado”, COM (2017) 7, de 15 de febrero de 2017.

¹³ Por todos, PIÑAR MAÑAS, J. L. (dir.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2017; LÓPEZ CALVO, J., *Comentarios al Reglamento europeo de protección de datos*, Madrid, Sepín, 2017; PLAZA PENADÉS, J., “Implementado el nuevo Reglamento europeo de protección de datos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 43, 2017.

A la vez que se refuerzan y especifican los derechos de los interesados y las obligaciones de los responsables de los tratamientos. Como meridianamente se deriva de la nueva definición de consentimiento de los arts. 4.11) y 7 del Reglamento, los cuales, frente a la ambigüedad y disparidad de la actual terminología, como una de sus carencias más clamorosas, exigen una acción positiva como consentimiento expreso. De forma que, “cuando el tratamiento se base en el consentimiento del interesado, el responsable deberá ser capaz de demostrar que aquel consintió el tratamiento de sus datos personales”. Con la importante precisión, además, de que “al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato”.¹⁴ Bajo la convicción, según el considerando trigésimo segundo, de que “el consentimiento debe darse mediante un acto afirmativo claro que refleje una manifestación de voluntad libre, específica, informada, e inequívoca del interesado de aceptar el tratamiento de datos de carácter personal que le conciernen, como una declaración por escrito, inclusive por medios electrónicos, o una declaración verbal. Esto podría incluir marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el

¹⁴ En este sentido, el considerando decimooctavo de la Propuesta de Reglamento sobre privacidad y comunicaciones electrónicas, que más adelante se analizará, afirma que “el consentimiento para el tratamiento de datos derivados del uso de internet o de comunicaciones de voz no será válido si el interesado no goza de verdadera libertad de elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin verse perjudicado.

silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento [...].¹⁵

3. COMPETENCIAS Y ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Pero tan importante o más que la consagración teórica de los distintos derechos que forman parte de la protección de datos, es la articulación legal de instrumentos y organismos de ejecución, control y tutela administrativa, en aras de hacer verdaderamente efectiva la protección. “Garantía institucional que se traduce en capítulos tan importantes como la inscripción, tutela, inspección y sanción, en respuesta a reclamaciones de los interesados ante la denegación de sus derechos por parte de los responsables de los tratamientos, o denuncias de cualquier ciudadano a efectos sancionadores; amén de la tutela judicial y, en particular, del derecho a indemnización conforme al sistema de responsabilidad patrimonial administrativa (en ficheros públicos) o Jurisdicción ordinaria (en ficheros privados). Como quiera que los arts. 28 de la Directiva 95/46/CE y 51 y ss. del Reglamento (UE) 2016/679 exigen a los Estados miembros disponer de una o más autoridades públicas independientes y que, junto con la Agencia Española de Protección de Datos, tienen la consideración de autoridades de control también aquellos órganos o instituciones que pueden crear las Comunidades Autónomas, se hace preciso el reparto interno de estas competencias ejecutivas, máxime cuando ni la Constitución ni los Estatutos de Autonomía las contemplan entre las materias objeto de reparto competencial.”¹⁶

¹⁵ MARTÍNEZ-ROJAS, A., “Principales aspectos del consentimiento en el Reglamento general de protección de datos de la Unión Europea, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 42, 2016, pp. 59-82; ADSUARA VARELA, B., “El consentimiento, en PIÑAR MAÑAS, J. L. (dir.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Madrid, Reus, 2017, pp. 151-169.

¹⁶ Prueba de la controversia son los sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña y el Parlamento de Cataluña contra determinados preceptos de la antigua LORTAD

Mientras el art. 40 LORTAD reconocía de tutela autonómica exclusivamente los ficheros creados o gestionados por las Comunidades Autónomas, el art. 41 LOPD extendió dicha ejecución autonómica a aquellos otros ficheros pertenecientes a las distintas Administraciones locales del ámbito territorial autonómico,¹⁷ siendo legitimada la competencia estatal respecto de todos los ficheros de titularidad privada –también, por tanto, radicados en territorio autonómico y creados en ámbitos competenciales descentralizados– por la STC 290/2000, de 30 de noviembre, con base en la proyección institucional del art. 149.1.1.^a de la Constitución.

En la actualidad, amén de la Agencia Española de Protección de Datos, como Entidad institucional pública del sector público estatal, con naturaleza de Autoridad administrativa independiente de los arts. 109 y 110 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, actúan como instituciones autonómicas independientes: la Autoridad Catalana de Protección de Datos (Ley 32/2010, de 1 de octubre, derogatoria de la Ley 5/2002, de 19 de abril; y Decreto 48/2003, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Catalana de Protección de Datos), la Agencia Vasca de Protección de Datos (Ley 2/2004, de 25 de febrero, de Ficheros de Datos de Carácter Personal de Titularidad Pública y de Creación de la Agencia; y Decretos 308/2005, de 18 de octubre, de desarrollo de esta Ley y 309/2005, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia) y el Consejo de Transparencia y Protección de Datos de Andalucía (Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia

por presunta infracción del orden constitucional de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de ejecución administrativa de dicha Ley; recursos que, tras subsistir a la aprobación de la LOPD y consiguiente derogación de aquella, fueron desestimados por la STC 290/2000, de 30 de noviembre.

¹⁷ Sin perjuicio siempre de la notificación de la creación, modificación o cancelación de todo fichero a la Agencia Española de Protección de Datos para su inscripción en el Registro General de Protección de Datos, que puede consultarse a través de su página web: <http://www.agpd.es/porta/webAGPD/CanalDelCiudadano/derechos/otros_derechos/consulta_RGPD-ides-idphp.php>.

Pública de Andalucía; y Decreto 434/2015, de 29 de septiembre, por el que se aprueban los Estatutos del Consejo).¹⁸ La independencia de estas autoridades de control es enfatizada por los arts. 52 y 53 del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016. Organización administrativa interna que se completa con la previsión de otros organismos a nivel comunitario, como el Grupo de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales *ex* art. 29 de la Directiva 95/46/CE o Comité europeo de protección de datos *ex* arts. 68 y ss. del Reglamento (UE) 2016/679, compuestos por los Directores de las autoridades nacionales y el Supervisor Europeo de Protección de Datos o sus representantes.

4. LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

Sirva asimismo el blindaje de la privacidad ante el desarrollo del capítulo interno y europeo de la Administración electrónica. Con el reconocimiento explícito, entre los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones, más allá del régimen ponderado de acceso a la información pública, “a la protección de datos de carácter personal, y en particular a la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones Públicas [art. 13.h) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas]. Articulado frente a las ciberamenazas, además de por las medidas de seguridad del RLOPD, por el Real Decreto 3/2010, de 8 de enero, por el que se regula el Esquema Nacional de

¹⁸ La Ley 8/2001, de 13 de julio, de Protección de Datos de Carácter Personal de la Comunidad de Madrid y el Decreto 40/2004, de 18 de marzo, por el que se aprobó el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, fueron derogados por la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, cuyo art. 61 extinguió dicha Agencia territorial siendo reintegradas sus competencias a la Agencia Española de Protección de Datos.

Seguridad en el ámbito de la Administración Electrónica –actualizado por el Real Decreto 951/2015, de 23 de octubre–, a fin de asegurar el acceso, integridad, disponibilidad, autenticidad, confidencialidad, trazabilidad y conservación de los datos, informaciones y servicios utilizados en medios electrónicos que gestionen las Administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias.¹⁹ Y, en cuanto a la Administración comunitaria, a partir de una Propuesta de la Comisión Europea, de 10 de enero de 2017, de nuevo Reglamento para la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea y sobre la libre circulación de estos datos [COM (2017) 8]. El cual deroga el actual Reglamento (CE) 45/2001, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, así como la Decisión 1247/2002/CE, para garantizar una protección equiparable a la exigida a los Estados en virtud de las normas más rigurosas del Reglamento general (UE) 2016/679.

II. LA ADAPTACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN PERSONAL A LOS DISTINTOS CICLOS TECNOLÓGICOS: UN REGLAMENTO EUROPEO SOBRE PRIVACIDAD Y COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

1. LAS DIRECTIVAS 97/66/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 15 DE DICIEMBRE DE 1997, Y 2002/58/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 12 DE JULIO DE 2002

El potencial de las comunicaciones electrónicas y, en particular, de Internet viene representando un punto de inflexión en la protección

¹⁹ FONDEVILA ANTOLÍN, J., “Seguridad en la utilización de medios electrónicos. El esquema nacional de seguridad, en GAMERO CASADO, E. (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, vol. I, pp. 597-674.

de la privacidad, en la medida en que no solo acentúa los riesgos generales, sino que genera además riesgos específicos a través de fórmulas de acceso, almacenamiento y uso electrónico de la información con el común denominador de resultar “invisibles para su titular. Son estos riesgos específicos a los que pretende dar respuesta la regulación de la privacidad electrónica, en una suerte de interacción entre los sectores de protección de datos y telecomunicaciones, implementando instrumentos precisos y actualizados como complemento a la regulación general a partir de sus mismos principios. En el bien entendido de que la Directiva 95/46/CE o el Reglamento (UE) 2016/679 siguen respondiendo a los problemas genéricos de privacidad, presentes con especial agresividad en la transmisión electrónica y servicios vinculados.²⁰

Puede afirmarse que el derecho a la protección de datos ha tenido que ir adaptándose a los distintos ciclos en aras de proporcionar una respuesta integral a la sociedad tecnológica que cubra todos los focos de vulnerabilidad de la información personal, en una secuencia marcada por los distintos estadios complementarios de protección:²¹ siempre por detrás de la tecnología, de los ficheros informatizados, incluso no automatizados, a los rastros en la red de los servicios de comunicaciones electrónicas, pasando por las tradicionales telecomunicaciones, hasta los servicios de transmisión libre *over-the-top* (OTT).

²⁰ Según el décimo considerando de la Directiva 2002/58/CE sobre privacidad y comunicaciones electrónicas, “en el sector de las comunicaciones electrónicas es de aplicación la Directiva 95/46/CE, en particular para todas las cuestiones relativas a la protección de los derechos y las libertades fundamentales que no están cubiertas de forma específica por las disposiciones de la presente Directiva, incluidas las obligaciones del responsable del tratamiento de los datos y los derechos de las personas, aplicándose asimismo “a los servicios de comunicaciones electrónicas que no sean de carácter público.

²¹ BALLESTEROS MOFFA, L. A., “La adecuación del instituto de protección de datos a los distintos ciclos tecnológicos, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 690, noviembre 2005, pp. 1, 10 y 11.

En el punto de partida de esta secuencia, como marco general ante el impacto informático sin perjuicio de su extensión a ficheros no automatizados, se sitúa la Directiva 95/46/CE, que, como se ha dicho, será derogada por el Reglamento (UE) 2016/679. La primera Directiva específica en orden a traducir sus principios para el campo de las tradicionales telecomunicaciones, en especial en su salto digital, fue la Directiva 97/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones;²² que fue transpuesta al ordenamiento español por la antigua Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio. Directiva que, por su sobrevenido anacronismo con la realidad de las comunicaciones electrónicas, especialmente de internet y servicios convergentes, no tardaría en ser sustituida por la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas;²³ siendo incorporada

²² FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.^a L.^a, *Nuevas tecnologías, internet y derechos fundamentales*, Madrid, McGraw Hill, 1998, pp. 139 y ss.; SUÑÉ LLINÁS, E., “La protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, en DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. (coord.), *Encuentros sobre Informática y Derecho (1998-1999)*, Navarra, Universidad Pontificia Comillas, Aranzadi, 1999, pp. 79-90; CORRIPIO GIL-DELGADO, M.^a R. y MARROIG POL, L., *El tratamiento de los datos de carácter personal y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones*, Madrid, Agencia Española de Protección de Datos, 2001; CAMPUZANO TOMÉ, H., *Vida privada y datos personales. Su protección jurídica frente a la sociedad de la información*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 131 y ss.

²³ Esta Directiva fue adoptada con ocasión de la revisión de las antiguas Directivas de telecomunicaciones, conforme al nuevo marco regulador de redes y servicios de comunicaciones electrónicas cristalizado en el año 2002 como consolidación del modelo liberalizador a partir de la Directiva marco 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo. Siendo modificada por las Directivas 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009; y 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso

en España por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones –hoy derogada por la Ley 9/2014, de 9 de mayo–, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico –modificada por la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información–, y el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, al cual se remite el art. 31 del Real Decreto 899/2009, de 22 de mayo, por el que se aprueba la carta de derechos del usuario de los servicios de comunicaciones electrónicas.²⁴

2. LA PROPUESTA POR LA COMISIÓN EUROPEA, DE 10 DE ENERO DE 2017, DE UN REGLAMENTO RELATIVO AL RESPETO DE LA VIDA PRIVADA Y A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES EN EL ÁMBITO DE LAS COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS [COM (2017) 10]

Secuencia que se cierra de momento con la Propuesta por la Comisión Europea, de 10 de enero de 2017, de un Reglamento relativo

público o de redes públicas de comunicaciones. Véanse DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., *La protección de datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2003; PRIETO ANDRÉS, A., “La nueva Directiva europea sobre el tratamiento de datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones”, *Diario La Ley*, núm. 5620, septiembre 2002; CIMAS, M., “Protección de datos y telecomunicaciones. Regulación actual y exigencias de la nueva Directiva”, en VILLAR URÍBARRI, J. M. (dir.), *La nueva regulación de las telecomunicaciones, la televisión e Internet*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 289-309; GUERRERO PICÓ, M.^a C., *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Navarra, Thomson-Civitas, 2006.

²⁴ Este último Real Decreto transpone la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, en materia de servicio universal y derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, con la derogación del Título VI del Reglamento de servicio universal y derechos de los usuarios del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.

al respeto de la vida privada y a la protección de los datos personales en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, por la que se derogará la Directiva 2002/58/CE [COM (2017) 10]. Norma de directa aplicación con la que se pretende completar un marco jurídico actualizado de privacidad en Europa, reforzando la confianza y seguridad en el mercado único digital. Para una mayor protección a abonados y usuarios, dimanante en buena medida de la asunción del Reglamento general (UE) 2016/679, sin que ello merme las oportunidades comerciales de innovación. Pero, sobre todo, de su adaptación a la coyuntura económica y tecnológica de las comunicaciones electrónicas, donde los consumidores y empresas recurren cada vez más a nuevos servicios basados en internet que permiten comunicaciones interpersonales, como los servicios de comunicaciones *over-the-top* (OTT), en los que no media control alguno ni gestión específica por parte de los operadores de red. Extendiendo su aplicación así a los nuevos proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas (WhatsApp, Facebook Messenger, Skype, Gmail, iMessage o Viber) desde la remisión al concepto más avanzado de las mismas de la Propuesta de Directiva, de 12 de diciembre de 2016, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas [COM (2016) 590].²⁵

Lo cual se suma al ya amplio objeto de aplicación de la Directiva 2002/58/CE, que incluye, más allá de la regla general de su art. 3 (“la presente Directiva se aplicará al tratamiento de datos personales en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público en las redes públicas de comunicaciones de la Comunidad [...]”), algunas reglas específicas de protección respecto de los servicios de la sociedad de la información, en cuanto servicios prestados normalmente a cambio

²⁵ La protección de estos servicios de comunicación electrónica funcionalmente equivalentes es reclamada por el Dictamen 3/2016, de 19 de julio, del Grupo Europeo de Protección de Datos sobre “la evaluación y revisión de la Directiva de privacidad electrónica (2002/58/CE) (ref. 16, WP 240).

de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios [Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, sobre el comercio electrónico y Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información]. Con obligaciones, por tanto, no solo para operadores de redes y proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, sino también para prestadores de la amplia gama de servicios de transmisión o contenido en internet. Lo que explica su transposición, no sin alguna disfunción, tanto por la Ley General de Telecomunicaciones como por la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información.²⁶

Entre los capítulos específicos de privacidad electrónica en favor de abonados o usuarios, sean personas físicas o jurídicas en esta ocasión, se encuentra el tratamiento de los datos de conexión de las comunicaciones electrónicas, objeto del presente estudio desde la perspectiva de la seguridad. Además de toda una batería de potenciales vulnerabilidades de la información personal en la transmisión electrónica y particularmente en el ciberespacio: interceptación ilegal de comunicaciones, *cookies* y demás dispositivos de almacenamiento y recuperación de información en el terminal del usuario, guías públicas impresas o electrónicas de abonados, comunicacio-

²⁶ FÉRAL-SCHUHL, C., *Cyberdroit. Le droit à l'épreuve de l'internet*, Dunod, Paris, 2000; FENOLL-TROUSSEAU, M.-P. y HAAS, G., *Internet et protection des données personnelles*, Litec, Paris, 2000; DEL PESO NAVARRO, E., *Servicios de la sociedad de la información. Comercio electrónico y protección de datos*, Madrid, Díaz de Santos, 2003; OLIVER LALANA, D., "El derecho fundamental "virtual" a la protección de datos. Tecnología transparente y normas privadas, *Diario La Ley*, núm. 5592, julio 2002; VILLAR URÍBARRI, J. M. (dir.), *La nueva regulación de las telecomunicaciones, la televisión e Internet*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003; APARICIO VAQUERO, J. P., "El nuevo régimen de prestación de servicios de la sociedad de la información, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 2, 2003, pp. 87-111.

nes comerciales no solicitadas o *spam*, servicios avanzados de telefonía... A las que las precitadas normas trasladan específicamente los principios rectores de seguridad, cancelación y oposición, y sobre todo información y consentimiento, bien en su versión de *opt out* o consentimiento tácito que no precisa acto formal alguno, bien de *opt in* o consentimiento expreso que exige acto formal de aceptación.²⁷

Disyuntiva que parece declinarse definitivamente hacia la segunda en atención al Reglamento general (UE) 2016/679, aun cuando su art. 95 establece que el mismo no impondrá obligaciones adicionales a las personas físicas o jurídicas en materia de tratamiento en el marco de la prestación de servicios públicos de comunicaciones electrónicas en redes públicas de comunicación de la Unión en ámbitos en los que estén sujetas a obligaciones específicas con el mismo objetivo establecidas en la Directiva 2002/58/CE. O, en cualquier caso, a la luz de la Propuesta de Reglamento sobre privacidad y comunicaciones electrónicas, cuyo art. 9 se remite al consentimiento expreso del Reglamento general (UE) 2016/679, sin perjuicio de conservar los supuestos de consentimiento tácito en el *spam* menos agresivo de las llamadas de telefonía con intervención humana o que traiga causa de una relación comercial preexistente, y ampliar incluso los tratamientos legales de metadatos por razones de calidad, seguridad técnica o para detectar el uso fraudulento o abusivo de servicios, con exclusión también del consentimiento para algunas *cookies*, por ejemplo, cuando sean necesarias para medir la audiencia en la *web*.

²⁷ BALLESTEROS MOFFA, L. A., *La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

III. LOS LÍMITES AL DERECHO DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

1. EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE PRIVACIDAD Y OTROS DERECHOS; EN PARTICULAR, LA SEGURIDAD

Pese al arraigo y transformación jurídica de la privacidad, también en el específico escenario de las comunicaciones electrónicas, en modo alguno se concibe en términos absolutos, debiendo coexistir con otras exigencias y prioridades, como la seguridad y preservación del orden jurídico.²⁸ Tal y como reconoce el considerando cuarto del Reglamento (UE) 2016/679, “[...] el derecho a la protección de los datos personales no es un derecho absoluto sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad y mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales, con arreglo al principio de proporcionalidad. Lo cual entronca con la jurisprudencia constitucional sobre los límites a los derechos fundamentales a partir del art. 53.1 de la Constitución, aplicada en esta materia en la citada STC 292/2000, de 30 de noviembre, a partir de la quintuple exigencia cumulativa de que sea una ley la que los restrinja; que el límite legal se encuentre justificado por algún otro interés o bien constitucionalmente protegido; que responda al principio de necesidad y proporcionalidad; que respete, en todo caso, el contenido esencial del derecho fundamental limitado; y que resulte preferente el bien constitucional justificativo sobre el propio derecho limitado”.

En realidad, el baluarte jurídico de los datos personales en sí mismo es un ejercicio de equilibrio entre este derecho y otros fronterizos, ya sea desde la perspectiva de su propio régimen u otras instituciones. Regímenes que se batan entre el reconocimiento de

²⁸ LÓPEZ CALVO, J., *Comentarios al Reglamento europeo de protección de datos*, op. cit., pp. 41 y ss.

las distintas facultades de protección de datos y las excepciones a las mismas, fruto de funciones de índole administrativa, sanitaria, judicial, científica, estadística o comercial, o de implicación antagónica de otras libertades, como la de expresión e información. Y del derecho a saber cuando el acceso a la información pública contiene datos personales, para el que rige el principio de consentimiento expreso del afectado para datos especialmente protegidos, y de previa ponderación suficientemente razonada entre el interés público en la divulgación de cualquier otra información personal y los derechos de los afectados cuyos datos aparezcan en la información solicitada (art. 15 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno).

Haciéndose presentes asimismo estas tensiones en las soluciones adoptadas por la regulación específica de privacidad en las comunicaciones electrónicas, por el valor estratégico comercial de algunas *cookies* que ha llevado a ampliar los supuestos en que no se exige consentimiento expreso; el de aquellas comunicaciones comerciales no solicitadas que por su menor lesividad siguen vinculadas a consentimiento tácito; por el interés público de divulgación de las guías –impresas o electrónicas– de abonados, que no obstante está cediendo en favor de la salvaguarda de sus datos personales; por la necesaria ponderación entre el mismo derecho al olvido y el de recibir acceso a la información por los usuarios, no procediendo aquel cuando esta sea de interés para el público por su naturaleza o afecta a una figura pública;²⁹ o a la luz del régimen de privacidad dispensado frente a los servicios avanzados de telefonía de facturación desglosada, desvío automático de llamadas e identificación de la línea telefónica de origen y conectada. Pero, sobre todo, cuando la seguridad, la lucha contra el crimen u otros motivos de interés ge-

²⁹ Por todos, ÁLVAREZ CARO, M.^a, “El derecho a la supresión o al olvido, en PIÑAR MAÑAS, J. L. (dir.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Madrid, Reus, 2017, pp. 241-256; LÓPEZ CALVO, J., *Comentarios al Reglamento europeo de protección de datos, op. cit.*, pp. 140 y ss.

neral avalan la interceptación legal de comunicaciones, frente a la garantía de secreto del art. 18.3 de la Constitución española, cuya violación en el ámbito de las comunicaciones electrónicas cuenta con el Reglamento (UE) 611/2013, de la Comisión, de 24 de junio de 2013, relativo a las medidas aplicables a la notificación de casos de violación de datos personales en el marco de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas.³⁰ Y cuando los mismos fines de investigación y represión penal, por lo que atañe al presente trabajo, justifican las obligaciones de conservación temporal y cesión de los datos de tráfico y localización de las comunicaciones electrónicas, como limitación al régimen de protección de una información que, sin consentimiento, solo debe ser tratada para llevar a cabo la conducción de la comunicación, su facturación o los pagos de interconexiones.

Precisamente para que la información personal se proteja al tiempo que se previene y combate el terrorismo, el crimen organizado y otros actos criminales, son la seguridad del Estado, la defensa, la seguridad pública y la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos, las necesidades de mayor intensidad que pueden encauzar medidas comunitarias o estatales

³⁰ Se trata de un procedimiento de notificación a la autoridad nacional competente, y en algunos casos a los abonados y particulares afectados, por parte de los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas, obligados según el art. 4 de la Directiva 2002/58/CE, con el fin principalmente de que la autoridad sea informada de la forma más rápida y exhaustiva posible, sin que ello entorpezca los esfuerzos del proveedor por investigar el caso y tomar las medidas necesarias para limitarlo y remediar sus consecuencias. Se considera violación de datos personales, de acuerdo con la Directiva 2002/58/CE, “toda violación de la seguridad que provoque la destrucción, accidental o ilícita, la pérdida, la alteración, la revelación o el acceso no autorizados, de datos personales transmitidos, almacenados o tratados de otro modo en relación con la prestación de un servicio de comunicaciones electrónicas de acceso público en la Unión. Esta notificación en el sistema general de protección de datos se contempla en los arts. 33 y 34 del Reglamento (UE) 2016/679.

limitativas del alcance de las obligaciones y derechos de protección de datos.³¹ El art. 23.1 del Reglamento (UE) 2016/679, como en términos más lacónicos el art. 13 de la Directiva 95/46/CE, establece que “el Derecho de la Unión o de los Estados miembros [...] podrá limitar, a través de medidas legislativas, el alcance de las obligaciones y de los derechos establecidos en los artículos 12 a 22 y el artículo 34, así como en el artículo 5 en la medida en que sus disposiciones se correspondan con los derechos y obligaciones contemplados en los artículos 12 a 22, cuando tal limitación respete en lo esencial los derechos y libertades fundamentales y sea una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática para salvaguardar: a) la seguridad del Estado; b) la defensa; c) la seguridad pública; d) la prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, incluida la protección frente a amenazas a la seguridad pública y su prevención; e) otros objetivos importantes de interés público general de la Unión o de un Estado miembro, en particular un interés económico o financiero importante de la Unión o de un Estado miembro, inclusive en los ámbitos fiscal, presupuestario y monetario, la sanidad pública y la seguridad social; f) la protección de la independencia judicial y de los procedimientos judiciales; g) la prevención, la investigación, la detección y el enjuiciamiento de infracciones de normas deontológicas en las profesiones reguladas; h) una función de supervisión, inspección o reglamentación vinculada, incluso ocasionalmente, con el ejercicio de la autoridad pública en los casos contemplados en las letras a) a e) y g); i) la protección del interesado o de los derechos y libertades de otros; j) la ejecución de

³¹ COLE, D. D.; FABBRINI, F. y SCHULHOFER, S. (ed.), *Surveillance, Privacy and Trans-Atlantic Relations*, Oxford, Hart Publishing, 2017; DE ASÍS ROIG, A., “Secreto, protección de datos y seguridad e integridad en las telecomunicaciones”, en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coord.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 2105-2141.

demandas civiles”.³² Añadiendo el apartado 2, a diferencia de la Directiva 95/46/CE, que cualquiera de estas medidas legislativas habrá de contener disposiciones específicas sobre la finalidad del tratamiento, las categorías de datos, el alcance de las limitaciones, las garantías para evitar accesos o transferencias ilícitos o abusivos, los responsables, los plazos de conservación, los riesgos y el derecho a información. Limitaciones que de forma análoga son reiteradas para los capítulos específicos de privacidad electrónica en los arts. 15.1 de la Directiva 2002/58/CE y 11.1 de la Propuesta de Reglamento sobre privacidad y comunicaciones electrónicas, los cuales se remiten respectivamente a aquellos preceptos generales. En concreto, según la Propuesta, el Derecho de la Unión o de un Estado miembro podrá limitar, a través de medidas legislativas, el alcance de las obligaciones y los derechos previstos en los artículos 5 a 8, cuando tal limitación respete en lo esencial los derechos y libertades fundamentales y sea una medida necesaria, adecuada y proporcionada en una sociedad democrática para salvaguardar uno o varios de los intereses públicos generales contemplados en el artículo 23, apartado 1, letras a) a e), del Reglamento (UE) 2016/679 o una función de control, inspección o reglamentación vinculada al ejercicio de la autoridad pública en aras de tales intereses.

El art. 15.1 de la Directiva 2002/58/CE alberga la previsión general de conservación de los metadatos derivados de las comunicaciones electrónicas, como una de las manifestaciones más claras en el entorno en línea de la pugna entre privacidad y seguridad. Se-

³² Por su parte, tras reconocer que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia, el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos prescribe de forma análoga que “no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

gún el mismo, “los Estados miembros podrán adoptar, entre otras, medidas legislativas en virtud de las cuales los datos se conserven durante un plazo limitado justificado por los motivos establecidos en el presente apartado”. Disposición que, tras la aprobación de la Directiva específica de conservación de datos, se acompaña de un nuevo apartado 1 bis, introducido por la misma, en el sentido de que “el apartado 1 no se aplicará a los datos que deben conservarse específicamente de conformidad con la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, para los fines recogidos en el artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva”. Sustrayéndose así esta específica armonización de la posibilidad general contemplada con anterioridad en la Directiva 2002/58/CE. De modo que, una vez declarada la invalidez de la Directiva 2006/24/CE por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 8 de abril de 2014, *Digital Rights Ireland/Minister for Communications* y otros [asunto C-293/12] y *Kärntner Landesregierung* y otros [asunto C-594/12]), las normas internas de retención de datos han quedado amparadas exclusivamente por dicha previsión de la Directiva 2002/58/CE. Aunque habrá que valorar, a la luz de la jurisprudencia europea, en qué medida estas obligaciones de los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas de conservar determinados datos generados o tratados por ellos para su ulterior disposición por los agentes facultados en el marco de una investigación criminal, siguen encontrando fundamento en el Derecho europeo. Teniendo en cuenta que la Propuesta de Reglamento en privacidad y comunicaciones electrónicas no incluye ya ninguna previsión en este sentido, lo que, más allá de las limitaciones genéricas, dejaría huérfanas a las normas internas de conservación vigentes, aprobadas en transposición de la Directiva específica.

2. LA DIRECTIVA (UE) 2016/680 DE POLICÍA

Regresando a la interacción entre el régimen general de privacidad y la seguridad, y de acuerdo con la exclusión de los arts. 3.2 y 2.2.d) de la Directiva 95/46/CE y del Reglamento (UE) 2016/679 respectivamente, la provisión y tratamiento de datos personales con fines penales cuenta con su particular norma europea para la protección de los mismos, y sobre todo para que esta protección no enerve el intercambio de datos personales por parte de las autoridades competentes en el interior de la Unión. Es la Directiva (UE) 2016/680, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos, y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo. Directiva de policía, cuyo plazo de transposición concluye el 6 de mayo de 2018, con la que se busca conciliar en la lucha contra las actividades delictivas un nivel uniforme y elevado de protección de los datos personales y su intercambio entre los Estados miembros, sin perjuicio de la transmisión también a terceros países u organizaciones internacionales. La armonización de estas normas, incluidas las relativas a las transferencias internacionales, representa una contribución fundamental a la Agenda Europea de Seguridad,³³ al facilitar la cooperación transfronteriza entre las autoridades policiales y judiciales, tanto dentro de la Unión Europea como con los socios internacionales, propiciando una mayor eficacia en la represión de la delincuencia. Según los considerandos décimo y undécimo, en la Declaración núm. 21 relativa a la protección de

³³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, Consejo, Comité Económico y Social Europeo y Comité de las Regiones, “Agenda Europea de Seguridad”, COM (2015) 185, de 28 de abril de 2015.

datos de carácter personal en los ámbitos de la cooperación judicial en materia penal y de la cooperación policial, aneja al acta final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, la Conferencia reconoció que podrían requerirse normas específicas sobre protección de datos personales y libre circulación de los mismos en los ámbitos de la cooperación judicial en materia penal y de la cooperación policial basada en el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en razón de la naturaleza específica de dichos ámbitos. Conviene por lo tanto que esos ámbitos estén regulados por una Directiva que establezca las normas específicas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas para la seguridad pública. [...] Cuando dicho organismo o entidad trate datos personales con fines distintos de los previstos en la presente Directiva, se aplica el Reglamento (UE) 2016/679 [...].

3. LA DIRECTIVA (UE) 2016/681 DE TRANSFERENCIA DE DATOS PNR

La privacidad se sujeta en particular a las exigencias de seguridad, con independencia del reconocimiento adaptado de sus principios y facultades, en la Directiva (UE) 2016/681, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo y de la delincuencia grave, con un plazo máximo de transposición de 25 de mayo de 2018. Aparte de la comunicación de información anticipada sobre los pasajeros con objeto de mejorar los controles fronterizos y combatir la inmigración ilegal se-

gún la Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004 (*Advance Passenger Information*-datos API), se regula la obligación de las compañías aéreas que realicen vuelos exteriores de la Unión Europea (pudiéndose ampliar por los Estados a vuelos intracomunitarios, previa notificación a la Comisión) de transferir a las autoridades nacionales todos los datos del registro de nombres de los pasajeros recogidos en sus sistemas de reservas internos, con el fin de prevenir, detectar, investigar y enjuiciar los delitos de terrorismo y delitos graves (*Passenger Name Record*-datos PNR).³⁴ Información que es objeto de intercambio mutuo entre los Estados miembros y con Europol, e incluso de transferencia a autoridades de terceros países conforme a requisitos adicionales. Lo que viene dando lugar a Acuerdos PNR bilaterales, como los suscritos entre la Unión Europea y los Estados Unidos para la transferencia de información personal desde las compañías aéreas europeas a este socio trasatlántico.³⁵ Teniendo en cuenta el Acuerdo marco entre Estados Unidos

³⁴ Sobre los métodos técnicos de transferencia (*pull* de acceso o *push* de envío), el considerando decimosexto clarifica que “en la actualidad se dispone de dos métodos de transferencia de datos: el método de extracción, en el que las autoridades competentes del Estado miembro que solicita los datos PNR pueden acceder al sistema de reserva de la compañía aérea y obtener (‘extraer’) una copia de los datos PNR deseados, y el método de transmisión, en el que las compañías aéreas envían (‘transmiten’) los datos PNR a la autoridad solicitante, lo que permite a las compañías aéreas mantener el control de los datos suministrados. Se considera que el ‘método de transmisión’ ofrece un nivel mayor de protección de los datos y que debe ser obligatorio para todas las compañías aéreas”.

³⁵ Acuerdo entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea sobre la utilización y la transferencia de los registros de nombres de los pasajeros al Departamento de Seguridad del Territorio Nacional de los Estados Unidos, hecho en Bruselas el 14 de diciembre de 2011, y por el que se sustituye al Acuerdo de 23 y 26 de julio de 2007. Al que se suma el Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Gobierno de Canadá sobre el tratamiento de datos procedentes del sistema de información anticipada sobre pasajeros y de los expedientes de pasajeros, de 3 de octubre de 2005. Y el Acuerdo entre la Unión Europea y Australia sobre el tratamiento y la transferencia de datos del registro de nombres de los pasajeros (PNR) por los transportistas aéreos al Servicio de Aduanas y de Protección de las

y la Unión Europea, de 2 de junio de 2016, sobre protección de datos personales en relación con la prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones penales.³⁶

IV. BIBLIOGRAFÍA

ADSUARA VARELA, B., “El consentimiento”, en PIÑAR MAÑAS, J. L. (dir.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2017.

ÁLVAREZ CARO, M.^a, “El derecho a la supresión o al olvido”, en PIÑAR MAÑAS, J. L. (dir.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Reus, Madrid, 2017.

APARICIO VAQUERO, J. P., “El nuevo régimen de prestación de servicios de la sociedad de la información”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 2, 2003.

Fronteras de Australia, de 29 de septiembre de 2011. Véase BALLESTEROS MOFFA, L. A., “Hacia un difícil equilibrio entre privacidad y seguridad: la conservación de datos en las comunicaciones electrónicas y la transferencia de datos de pasajeros por las compañías aéreas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 137, enero/marzo 2008, pp. 17 y ss.

³⁶ Como señala el segundo considerando de la Decisión (UE) 2016/2220, del Consejo, de 2 de diciembre de 2016, relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo entre los Estados Unidos de América y la Unión Europea sobre la protección de los datos personales en relación con la prevención, la investigación, la detección y el enjuiciamiento de infracciones penales, “el Acuerdo persigue establecer un marco general de principios y salvaguardias de la protección de los datos personales cuando dichos datos se transfieren a efectos policiales y judiciales en materia penal entre los Estados Unidos de América, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra. El objetivo es garantizar un alto nivel de protección de los datos y, de este modo, reforzar la cooperación entre las Partes. Aunque no constituya en sí mismo la base jurídica para todas las transferencias de datos personales a los Estados Unidos, el Acuerdo complementa, en caso necesario, las garantías de protección de datos previstas en los acuerdos en materia de transferencia de datos actuales y futuros o las disposiciones nacionales que autorizan tales transferencias.

- AUSEMS, E. J., “La protección de las personas frente al tratamiento automatizado de los datos personales en el marco del Convenio 108 del Consejo de Europa”, en *Jornadas sobre informática judicial y protección de datos personales*, Vitoria-Gasteiz, 1994.
- BALLESTEROS MOFFA, L. A., *La privacidad electrónica. Internet en el centro de protección*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.
- , “Hacia un difícil equilibrio entre privacidad y seguridad: la conservación de datos en las comunicaciones electrónicas y la transferencia de datos de pasajeros por las compañías aéreas”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 137, enero/marzo 2008.
- CAMPUZANO LAGUILLO, A. B., “Algunas consideraciones sobre la libertad informática y el derecho a la protección de datos de carácter personal en la jurisprudencia constitucional”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 1, 2003.
- CAMPUZANO TOMÉ, H., *Vida privada y datos personales. Su protección jurídica frente a la sociedad de la información*, Madrid, Tecnos, 2000.
- CIMAS, M., “Protección de datos y telecomunicaciones. Regulación actual y exigencias de la nueva Directiva”, en VILLAR URÍBARRI, J. M. (dir.), *La nueva regulación de las telecomunicaciones, la televisión e Internet*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003.
- COLE, D. D.; FABBRINI, F. y SCHULHOFER, S. (ed.), *Surveillance, Privacy and Trans-Atlantic Relations*, Oxford, Hart Publishing, 2017.
- CORRIPIO GIL-DELGADO, M.^a R. y MARROIG POL, L., *El tratamiento de los datos de carácter personal y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones*, Madrid, Agencia Española de Protección de Datos, 2001.
- DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., *La protección de datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas*, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2003.
- DE ASÍS ROIG, A., “Secreto, protección de datos y seguridad e integridad en las telecomunicaciones”, en PAREJO ALFONSO, L. y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coord.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

- DE LA TORRE TRINIDAD, S., “Creación de un derecho fundamental a la protección de datos”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 19, octubre 2001.
- DEL PESO NAVARRO, E., *Servicios de la sociedad de la información. Comercio electrónico y protección de datos*, Madrid, Díaz de Santos, 2003.
- FENOLL-TROUSSEAU, M.-P. y HAAS, G., *Internet et protection des données personnelles*, Litec, Paris, 2000.
- FÉRAL-SCHUHL, C., *Cyberdroit. Le droit à l'épreuve de l'internet*, Dunod, Paris, 2000.
- FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.^a L.^a, *Nuevas tecnologías, internet y derechos fundamentales*, Madrid, McGraw Hill, 1998.
- FONDEVILA ANTOLÍN, J., “Seguridad en la utilización de medios electrónicos. El esquema nacional de seguridad”, en GAMERO CASADO, E. (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- FROSINI, V., “La convenzione europea sulla protezione dei dati”, *Rivista di Diritto Europeo*, núm. 24, 1984.
- GORDON, R. J., *The Rise and Fall of American Growth. The U.S. Standard of Living Since the Civil War*, s.c., Princeton University, 2016.
- GUERRERO PICÓ, M.^a C., *El impacto de internet en el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal*, Navarra, Thomson-Civitas, 2006.
- JIMÉNEZ RIUS, P., “Estudio de la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, por la que se declaran inconstitucionales determinados artículos de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos Personales”, *Al Día*, núm. 22, noviembre 2001.
- LÓPEZ CALVO, J., *Comentarios al Reglamento europeo de protección de datos*, Madrid, Sepín, 2017.
- LYON, D., *El ojo electrónico. El auge de la sociedad de la vigilancia*, Madrid, Alianza Editorial, 1995.
- MARTÍNEZ-ROJAS, A., “Principales aspectos del consentimiento en el Reglamento general de protección de datos de la Unión Europea”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 42, 2016.
- MOROZOV, E., *El desengaño de internet. Los mitos de la libertad en la red*, Barcelona, Destino, 2012.

- , *La locura del solucionismo tecnológico*, Madrid, Katz, 2015.
- OLIVER LALANA, D., “El derecho fundamental “virtual” a la protección de datos. Tecnología transparente y normas privadas, *Diario La Ley*, núm. 5592, julio 2002.
- PIÑAR MAÑAS, J. L. (dir.), *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Madrid, Reus, 2017.
- PLAZA PENADÉS, J., “Implementado el nuevo Reglamento europeo de protección de datos”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 43, 2017.
- PRIETO ANDRÉS, A., “La nueva Directiva europea sobre el tratamiento de datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones”, *Diario La Ley*, núm. 5620, septiembre 2002.
- REBOLLO DELGADO, L., *Derechos fundamentales y protección de datos*, Madrid, Dykinson, 2004.
- SERRANO PÉREZ, M.^a M., *El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado*, Navarra, Thomson-Civitas, 2003.
- SUÑÉ LLINÁS, E., “La protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones”, en DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. (coord.), *Encuentros sobre Informática y Derecho (1998-1999)*, Navarra, Universidad Pontificia Comillas, Aranzadi, 1999.
- VERDIER HERNÁNDEZ, S., “Comentarios sobre la STC 292/2000, de 30 de noviembre, relativa a la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal”, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 17, septiembre 2001.
- VILLAR URÍBARRI, J. M. (dir.), *La nueva regulación de las telecomunicaciones, la televisión e Internet*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003.

EL FORTALECIMIENTO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES COMO SEÑAL DEL NUEVO EQUILIBRIO DEL PODER EN EL ESTADO MEXICANO.

MARCO ANTONIO ZEIND CHÁVEZ¹

RESUMEN: Dentro de la nueva conformación del Derecho en el siglo XXI, las modificaciones constitucionales en áreas específicas (tales como lo son las telecomunicaciones) son relevantes en la nueva forma de comprender y desarrollar los mecanismos de control democrático que existe entre las instituciones que los regulan.

La sentencia que resuelve el amparo 1100/2015, es de vital importancia en el desarrollo de la investigación y consolidación de los Organismos Constitucionales Autónomos (OCAs).

Han sido estos entes públicos los que han dado el giro de tuerca en la forma de abordar la división de poderes y las facultades de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, los cuales se ven confrontados por la capacidad técnica y especializada de algunos OCAs. De ahí surgió la necesidad e inquietud de analizar una sentencia que marca un punto de quiebre no sólo para los mismos OCAs; sino en asuntos tan específicos como son las tarifas de interconexión.

PALABRAS CLAVE: *división de poderes, organismos, constitucionales autónomos (OCAs), leyes y reglamentos, Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), amparo, sentencia.*

ABSTRACT: Within the new conformation of the Law in the 21st century, the constitutional amendments in specific fields (such as telecommunications) are relevant in the new way of understanding and developing new mechanisms of democratic control of institutions that regulate them. The resolution 1100/2015 that sets forth the legal protection is utterly relevant in the development of the investigation and consolidation of the Autonomous Constitutional Entities (OCAs). These public entities have given a twist in the way of approaching the separation of powers and the authorities

¹ Facultad de Derecho, UNAM.

of the Executive and Legislative Powers, that are confronted by the technical and specialised capacities of some OCAs. This is the rationale behind the concern and necessity of analysing such resolution causing a breaking point for both of them, and also for specific areas such as the interconnection rates.

KEYWORDS: *Separation of powers, constitutional autonomous entities, laws and regulations, Mexican Supreme Court of Justice, amparo, resolution.*

SUMARIO: I. La división del poder en México; II. El Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT); III. Aspectos para considerar aplicables al caso concreto; IV. Determinación como AEP al grupo de interés económico del que forman parte América Móvil. S.A.B. de C.V., Teléfonos de México. S.A.B. de C.V., Teléfonos del Noroeste. S.A. de C.V., Radiomóvil Dipsa S.A.B. de C.V., Grupo Carso S.A. B. de C.V., y Grupo Financiero Inbursa. S.A.B. de C.V. (TELMEX y TELCEL) y MRA impuestas; V. Tarifa Cero en Interconexión, el ACUERDO P/IFT/260314/17y la LFTR. La clave; VI. La consolidación del IFT; VII. Conclusiones.

El pasado 16 de agosto de 2017 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) emitió una resolución mediante la cual otorgó un amparo a Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. (comúnmente conocido como Telcel) en contra de la prohibición de cobrar tarifas de interconexión a las empresas que compiten con ella en el sector de la telefonía, tanto fija como celular. Con el fin de entender el fondo y los alcances de esta determinación del Máximo Tribunal, se considera importante aclarar algunos conceptos que serán de utilidad para el lector, para así, posteriormente profundizar en el caso específico.

I. LA DIVISIÓN DEL PODER EN MÉXICO

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución) señala en su artículo 49 que el Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Lo anterior, en estricta consonancia con lo señalado por teóricos clásicos que lograron crear una doctrina de tal envergadura que

ha logrado permanecer prácticamente intocada desde su génesis, consiguiendo que hasta el momento ejemplos como el de nuestra Constitución sigan estableciendo lo estipulado por dicha doctrina. No obstante, la realidad constitucional y legal actual han rebasado y confrontado de manera clara esta división, con lo que se tiene un ejemplo más de cuando la realidad se adelanta al orden jurídico y entonces obliga a este último a modificarse para adecuarse a la primera, esto con el fin primordial de intentar con ello seguir propugnando la convivencia armónica de la sociedad, como originaria y destinataria de su existencia, confirmándose de esta manera que el Derecho se adecua a la velocidad de la realidad, y no viceversa.

El desafío aludido comenzó a presentarse desde 1993, año en el cual el gobierno mexicano decidió trastocar por primera vez desde el plano de los hechos la teoría clásica de la división de poderes: se trató del momento en el cual se dotó de autonomía a través de la reforma al artículo 28 constitucional al Banco de México (BANXICO), el cual es el banco central del Estado Mexicano. Básicamente, al dotar de autonomía constitucional a un ente público, se genera que dicha institución deje de encontrarse adscrita al poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial o, incluso, puede darse el caso que desde su nacimiento no dependa de ninguno de estos. Incluso, el hecho de que una institución pública esté dotada de autonomía representa el abandono a cualquier posibilidad de sometimiento a cualquier de los poderes, colocándose en un plano de igualdad tanto desde la perspectiva jurídica como de la política o, en otras palabras, la existencia de una paridad jerárquica en los casos en donde dicha autonomía se logre completamente.

Es menester dejar claro que si bien en México los Organismos Constitucionales Autónomos (OCAs) vieron su nacimiento en la recta final del siglo XX, “en otros países surgen luego de la Segunda Guerra Mundial, aunque fueron ya teorizados por Georg Jellinek y por Santi Romano desde finales del siglo XIX. La existencia de dichos órganos supone un enriquecimiento de las teorías clásicas de

la división de poderes que postulaban que dentro de un Estado solamente había tres funciones: la legislativa, la ejecutiva y la judicial”.² Aunque este autor deja claro que este tipo de entes son una realidad alrededor del mundo desde hace varios años, se nota cierta timidez al momento de considerar que su existencia supone un “enriquecimiento de las teorías clásicas de la división de poderes”; el solo hecho de que su nacimiento se pueda traducir en extraer del ámbito de competencia del poder Legislativo, Ejecutivo o Judicial alguna atribución, podría generar el efecto contrario, traducándose en un debilitamiento de la división de poderes tal como se entiende al día de hoy.

El desarrollo de los OCAs ha quedado claro desde el momento en que en los últimos años su existencia ha ido en aumento en México. Como resultado de la importancia que gradualmente han ido ganando, la SCJN ha detallado cuáles son sus características principales por medio de diversas jurisprudencias,³ siendo aquéllas las siguientes:

1. Surgen bajo una idea de equilibrio constitucional basada en los controles de poder.
2. La creación de este tipo de órganos no altera o destruye la teoría tradicional de la división de poderes.
3. Son organismos autónomos cuya actuación no está sujeta ni atribuida a los depositarios tradicionales del poder público (poderes legislativo, ejecutivo y judicial).

² Caballero, José Antonio, Et al, El futuro del Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales. Consideraciones sobre su autonomía Constitucional, UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p.8

³ Tesis P. /J. 20/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1647 y Tesis P. /J. 12/200, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVII, febrero de 2008, p. 1871. Consultadas el 7 de septiembre de 2017.

4. Se le han conferido funciones estatales específicas, con el fin de obtener una mayor especialización, agilización, control y transparencia para atender eficazmente las demandas sociales.

5. Su misión principal radica en atender necesidades torales tanto del Estado como de la sociedad en general, conformándose como nuevos organismos que se encuentran a la par de los órganos tradicionales.

6. Aunque no existe algún precepto constitucional que regule su existencia, deben cumplir con lo siguiente:

- a) Estar establecidos y configurados directamente en la constitución.
- b) Mantener con los otros órganos del Estado relaciones de coordinación.
- c) Contar con autonomía e independencia funcional y financiera.
- d) Atender funciones primarias u originarias del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad.

Como es notable, gracias a estas tesis de jurisprudencia se brinda una idea más cercana de lo que esta figura jurídica implica, aunque se persiste en el hecho de aclarar que la creación de los OCAs no altera o destruye la teoría tradicional de la división de poderes.

II. EL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES (IFT)

El IFT tuvo como antecedente inmediato a la Comisión Federal de Telecomunicaciones (COFETEL), la cual se trató de un órgano desconcentrado creado en el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 9 de agosto de 1996. Este órgano contaba con autonomía técnica y operativa, el cual tendría la organización y

facultades necesarias para regular y promover el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones en el país.

Apenas iniciando el sexenio del presidente Peña Nieto, se decidió llevar a cabo una negociación de alto nivel con los partidos políticos con mayor peso electoral (PAN, PRD y PRI) para lograr un acuerdo del cual se conocería su existencia apenas al comienzo de su administración, el conocido como “Pacto por México”, considerado como la plataforma de lanzamiento para el proceso reformador anunciado por el Jefe de Estado Mexicano. Así, con la firma del mismo, se buscó que las cúpulas partidistas realizaran una serie de reformas constitucionales y legales consideradas necesarias en los últimos años, las conocidas como reformas estructurales. Entre los acuerdos a los que se llegó estuvieron los signados “para el crecimiento económico, el empleo y la competitividad”, contando entre ellos con aquel cuya finalidad fue “garantizar el acceso equitativo a telecomunicaciones de clase mundial”. Es de ahí de donde surgió la idea, como parte del fortalecimiento institucional necesario, de crear un organismo que desde fuera del poder ejecutivo, y no como parte de él como sucedía con COFETEL, se encargara de dicha tarea.

De esta manera, con la tendencia iniciada en 1993 al dotar de autonomía constitucional al BANXICO, el 11 de junio de 2013 se publicó en el DOF un decreto de reforma constitucional que entre otros artículos enmendó al 28, con lo cual se dio origen a dos nuevos OCAs: la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) y el IFT. En el caso de este último, lo definió como “un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones, conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en los términos que fijen las leyes. Para tal efecto, tendrá a su cargo la regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones, así como

del acceso a infraestructura activa, pasiva y otros insumos esenciales, garantizando lo establecido en los artículos 6o. y 7o. de esta Constitución”.

Cabe señalar que tanto la COFECE como el IFT además de haber sido creados en la misma reforma, comparten varios puntos comunes, tanto así que ambas instituciones son autoridades en materia de competencia económica, sin embargo, el segundo lo es exclusivamente para los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones al básicamente regular de forma asimétrica a los participantes en estos mercados con el objeto de eliminar eficazmente las barreras a la competencia y la libre concurrencia.

El mismo artículo constitucional, establece como principios rectores del IFT —y también de la COFECE, en su caso—, entre otros, dos que serán de especial interés en el presente estudio:

1. Dictará sus resoluciones con plena independencia.
2. Podrá emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el sector de su competencia.

A través del primero de los principios se reafirma la característica autónoma del IFT, ya que seguramente después de haber pasado por un estadio de órgano desconcentrado de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, se consideró indispensable hacer una separación categórica de dicha dependencia de la Administración Pública Federal (APF). Por lo que hace al segundo de los principios que rigen su actuar, se confirma que como autoridad reguladora, está facultado para emitir disposiciones de carácter general.

Después de conocer los dos principios rectores ya mencionados, se puede colegir que si bien el IFT tuvo una etapa previa que fue la COFETEL (y ésta era parte de la APF centralizada), se entendería que el IFT se trata de una autoridad que tiene una función formalmente administrativa (en parte por su origen en el seno del poder ejecutivo) y, sin embargo, también realiza funciones formalmente

legislativas y jurisdiccionales; en el primer caso al emitir disposiciones generales y, en el segundo, al dictar resoluciones a controversias planteadas ante sí. Por tanto, estamos ante la presencia de un ente del poder público que lleva a cabo funciones formales que originaria e históricamente han sido ejercidas por el poder Legislativo, por el Ejecutivo y por el Judicial y que, no obstante, no se encuentra adscrito a ninguno de ellos; de ahí su importancia actual y la trascendencia que puede llegar a tener. A diferencia de estos últimos que realizan funciones formales relacionadas con su propia naturaleza y materiales que son características de sus pares, este OCA realiza prácticamente funciones formales de los tres tipos, por mandato constitucional y legal.

III. ASPECTOS PARA CONSIDERAR APLICABLES AL CASO CONCRETO

En el caso de este ente público, además de la Constitución, son dos las leyes que regulan lo realizado por el mismo, se trata de la Ley Federal de Competencia Económica y de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión (LFTR). En ambas leyes se señala que el IFT es la autoridad en materia de competencia económica de los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, ejerciendo en ellas en forma exclusiva las facultades que establecen el artículo 28 de la Constitución, así como ambas leyes. La importancia del IFT como ente regulador se puede ponderar a la luz del peso que la industria de las telecomunicaciones tiene en el crecimiento económico del país. En su “Cuarto Informe Trimestral Estadístico 2016”, el IFT señala que el Producto Interno Bruto (PIB) del sector de telecomunicaciones y radiodifusión fue de 546 mil millones de pesos durante el dicho trimestre, con una tasa de crecimiento anual de más del 8%. Esto resulta en una aportación al PIB nacional del 3.6%, por lo que la industria de las telecomunicaciones y la radiodifusión ocupó el octavo lugar en términos de las actividades económicas con

mayor aportación, estando arriba de sector de servicios educativos y por debajo del sector financiero y asegurador (Comunicado de prensa IFT No. 4872017). De igual forma, el IFT señala que en el sector se crearon 273 mil empleos.

En este contexto relativo al peso actual del sector dentro de la economía mexicana, cabe recordar que históricamente han existido en México empresas de las telecomunicaciones y radiodifusión que tomaron gran preponderancia con el paso del tiempo, en algunos casos incluso se llegó a hablar de que se comenzaban a constituir monopolios, los cuales se decidió atacar frontalmente a partir de las reformas en materia de competencia económica y en materia de telecomunicaciones llevadas a cabo en este sexenio. Con dichos cambios, se comenzó a brindarle al Estado Mexicano los instrumentos constitucionales, legales e institucionales para detener la alta concentración que habían logrado tener las empresas participantes de los sectores de telecomunicaciones y radiodifusión, lo que había traído como efecto el desincentivar la competencia en dichos sectores y, así, mantener costos muy altos para los mexicanos.

En aras de generar condiciones económicas tendientes a procurar la competencia dentro del sector, así como incentivar la inversión tanto extranjera como nacional y mejorar los costos para el usuario final, dentro de la reforma fueron incluidos conceptos como el de Agente Económico Preponderante (AEP) y Medidas de Regulación Asimétrica (MRA) por parte del legislador ordinario.

Actualmente, los criterios para ser considerado un AEP pueden encontrarse en la LFTR. De acuerdo con el artículo 262 de dicho ordenamiento, en el caso del AEP se tiene que es cualquiera que cuente directa o indirectamente con más del 50% de los usuarios suscriptores, audiencia, tráfico o capacidad. La reforma en materia de telecomunicaciones establece, por ejemplo, que:

- Los AEP no podrán cobrar tarifas adicionales por llamadas a teléfonos de otras empresas.

- Los AEP en telefonía estarán obligados a permitir a sus competidores completar su red para la prestación del servicio de roaming nacional sin costo adicional, a fin de acelerar la cobertura nacional por parte de más prestadores de servicios.⁴

Por lo que hace a las MRA, el propio artículo 262 de la LFTR establece que son las que se imponen para evitar que se afecte la competencia y la libre concurrencia y, con ello, a los usuarios finales. Éstas incluyen en lo aplicable, las relacionadas con información, oferta y calidad de servicios; acuerdos en exclusiva; limitaciones al uso de equipos terminales entre redes; regulación asimétrica en tarifas e infraestructuras de red, incluyendo la desagregación de sus elementos esenciales y; posiblemente, la separación contable, funcional o estructural de dichos agentes.

En lo relativo a ambos conceptos, es el IFT quien de manera exclusiva tendrá la facultad en primer término de declarar AEP a una empresa y, en segundo, de imponerle una MRA. Es el artículo 265 de la LFTR el que establece el procedimiento para resolver una o ambas cosas, resaltando lo siguiente:

1. El IFT notificará al agente de que se trate el proyecto de declaratoria como presunto AEP.
2. El presunto AEP tendrá un plazo de quince días hábiles, contados a partir del día siguiente a aquél en que surta efectos la notificación mencionada en el punto anterior, para que manifieste lo que a su derecho convenga y ofrezca los elementos de prueba que considere necesarios, los cuales deberán estar relacionados con el proyecto de declaratoria de preponderancia.

⁴ Disponible en línea: <<https://www.gob.mx/presidencia/articulos/que-es-un-agente-economico-preponderante>>.

3. Una vez que comparezca el presunto AEP, el IFT, a través de la autoridad que se determine en su estatuto, se pronunciará sobre la admisión de las pruebas ofrecidas y, en su caso, ordenará abrir un periodo para su preparación y desahogo por un plazo de hasta quince días hábiles.

En caso de que durante la instrucción el IFT considere que es necesario establecer las medidas específicas o asimétricas que se le impondrán al presunto AEP, ordenará su tramitación en vía incidental y resolverá en la definitiva.

En el incidente el presunto AEP manifestará lo que a su derecho convenga respecto de las medidas que, en su caso, se hayan determinado, dentro de un plazo que no excederá de cinco días hábiles contado a partir del día siguiente a aquel en que surta efectos la notificación de la apertura del incidente, pudiendo sólo ofrecer las pruebas que estén directamente relacionadas con las medidas que propone el IFT.

4. El IFT contará con un plazo de cuarenta días hábiles para dictar la resolución definitiva correspondiente, la cual deberá ser notificada dentro de un plazo no mayor a veinte días hábiles contado a partir del día siguiente a aquel en que sea emitida por la autoridad correspondiente y, posteriormente, se publicará en el DOF y en la página de internet del propio IFT.

IV. DETERMINACIÓN COMO AEP AL GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO DEL QUE FORMAN PARTE AMÉRICA MÓVIL. S.A.B. DE C.V., TELÉFONOS DE MÉXICO. S.A.B. DE C.V., TELÉFONOS DEL NOROESTE. S.A. DE C.V., RADIOMÓVIL DIPSA S.A.B. DE C.V., GRUPO CARSO S.A. B. DE C.V., Y GRUPO FINANCIERO LNBURSA. S.A.B. DE C.V. (TELMEX Y TELCEL) Y MRA IMPUESTAS

Fue a través del ACUERDO P/IFT/EXT/060314/76 de la sesión del pleno del IFT celebrada el 6 de marzo de 2014 que se determinó mediante una resolución de carácter regulatorio como AEP al consorcio del cual forman parte TELMEX y TELCEL, el cual fue previamente determinado como un grupo de interés económico. Cabe señalar que esta determinación fue anterior a la entrada en vigor de la LFTR, la cual como se ha visto, ya establece un procedimiento y criterios detallados para la declaración de un AEP, no obstante dicha determinación de TELMEX y TELCEL como AEP e imposición de MRAs fue hecho con base en las entonces recientes reformas constitucionales en materia de telecomunicaciones y en la entonces vigente Ley Federal de Telecomunicaciones, posteriormente derogada por la LFTR. Es útil señalar que igualmente este nuevo ordenamiento derogó la Ley Federal de Radio y Televisión.

Los resolutivos del Acuerdo en comento señalaron que:

- Se determinara como AEP al grupo de interés económico del que forman parte América Móvil. S.A.B. de C.V., Teléfonos de México. S.A.B. de C.V., Teléfonos del Noroeste. S.A. de C.V., Radiomóvil Dipsa S.A. B. de C.V., Grupo Carso S.A.B. de C.V., y Grupo Financiero Inbursa. S.A.B. de C.V. (TELMEX y TELCEL).
- Se impusiera al AEP anterior, una serie de MRAs necesarias para evitar que se afectara la competencia y la libre concurrencia. En los alcances siguientes, esencialmente:

- Medidas relacionadas con información, oferta y calidad de servicios, acuerdos en exclusiva, limitaciones al uso de equipos terminales entre redes, regulación asimétrica en tarifas e infraestructura de red, incluyendo la desagregación de sus elementos esenciales y, en su caso, la separación contable, funcional o estructural al AEP en los servicios de telecomunicaciones móviles.
- Medidas relacionadas con información, oferta y calidad de servicios, acuerdos en exclusiva, limitaciones al uso de equipos terminales entre redes, regulación asimétrica en tarifas e infraestructura de red, incluyendo la desagregación de sus elementos esenciales y, en su caso, la separación contable, funcional o estructural al agente económico preponderante en los servicios de telecomunicaciones fijos.
- Medidas en materia de contenidos audiovisuales que se establecerán al AEP en telecomunicaciones.
- Convenio marco de interconexión entre las redes de del integrante correspondiente del AEP con la red pública de telecomunicaciones del concesionario.
- Asimismo, en la resolución el IFT determina medidas orientadas a permitir la desagregación efectiva de la red local fija.
- Se señala que resolución tendría carácter de definitiva, la cual solamente podría ser combatida mediante el juicio de amparo.

Entonces, a través de este Acuerdo se determinó a TELMEX y a TELCEL como AEP y también se les impuso una serie de MRAs destinadas a combatir las barreras a la competencia y la libre concurrencia, así como se dio la posibilidad de permitir la desagregación efectiva de la red local fija. De igual manera, en vista de tratarse de

una resolución definitiva se señaló que solo podría ser combatida a través del juicio de amparo, es decir, no hay posibilidad alguna de naturaleza recursal ante el mismo IFT, ni ante cualquier tribunal de carácter contencioso-administrativo en forma, por ejemplo, de juicio de nulidad, lo que demuestra la naturaleza formalmente jurisdiccional de esta resolución del IFT.

V. TARIFA CERO EN INTERCONEXIÓN, EL ACUERDO P/IFT/260314/17Y LA LFTR. LA CLAVE

En el contexto del ACUERDO P/IFT/EXT/060314/76, el IFT con fecha 26 de marzo de 2014 emitió su ACUERDO P/IFT/260314/17 por medio del cual se determinan “las tarifas asimétricas por los servicios de interconexión que cobrará el agente económico preponderante.” Mediante este Acuerdo, el IFT establece una disposición destinada a establecer una MRA orientada a equilibrar la competencia, es decir, la tarifa cero.

Posteriormente con la publicación de la LFTR en el DOF el 14 de julio del año de 2014, se estableció más claramente cuándo una tarifa por servicios de interconexión será asimétrica con el fin de procurar la competencia equilibrada, es así que el segundo párrafo del artículo 131 de la LFTR, conteniendo en lo general los criterios del IFT, establece que siempre que exista un AEP en el sector de las telecomunicaciones o un agente que cuente directamente o indirectamente con una participación nacional mayor al 50% en el sector, las tarifas de terminación de tráfico fijo y móvil, incluyendo llamadas y mensajes cortos o *sms*, serán asimétricas conforme a lo siguiente:

1. Los agentes anteriormente referidos, no cobrarán a los demás concesionarios por el tráfico que termine en su red. La llamada “tarifa cero”.

2. Para el tráfico que termine en la red de los demás concesionarios, la tarifa de interconexión será negociada libremente.

Lo anterior se traduce en que si se hace una llamada o envía un mensaje corto con origen en otro concesionario y con destino a TELMEX o TELCEL, estos últimos no cobrarán tarifa alguna, es decir, una tarifa cero. Al contrario, si la llamada o el mensaje corto se originan en TELMEX o TELCEL y terminan en otro concesionario, habrá una tarifa de interconexión negociada entre ellos. Esta asimetría en el trato de unos concesionarios y de otros, busca generar una equidad que paulatinamente combata las barreras a la competencia y la libre concurrencia.

Por tanto, automáticamente al existir un AEP, éste se someterá a estas MRAs sin que medie resolución alguna del IFT u otro ente público, pues simplemente está así establecido en la LFTR, es decir ya existe un mandato legal. De esta manera, lo que alguna vez tuvo que ser resuelto en forma *ad hoc* por el IFT por medio de una resolución de carácter regulatorio, ahora con lo dispuesto en la LFTR tendría como fundamento la ley misma, obviamente.

Ante esto, se observa que la configuración actual de las MRAs que afectan al AEP en términos de tarifa cero, esencialmente, se desprenden de una resolución de carácter regulatorio por parte del IFT y que posteriormente se contiene en un ordenamiento legal con la publicación de la LFTR; esto demuestra el peso específico que este OCA tiene en el panorama administrativo, normativo y de resolución de controversias en México, al realizar funciones relacionadas de manera formal y en virtud de la fuerza otorgada por la reforma en materia de telecomunicaciones.

Empero, el establecimiento de la tarifa cero en la LFTR por decisión del legislador ordinario encontró en TELMEX y TELCEL a su principal combatiente, al cuestionar la constitucionalidad de esa decisión del Poder Legislativo Federal.

¿Este ánimo combativo del AEP en contra de la tarifa cero de la LFTR traería consigo la consolidación del IFT como un OCA con fuerza y legitimidad? ¿Se estaba ante un caso paradigmático de los que configuran un sistema normativo e institucional dentro de un Estado?

La respuesta a estas preguntas quedaría en manos de la SCJN.

VI. LA CONSOLIDACIÓN DEL IFT

Frente a la situación descrita anteriormente, el AEP inicia una lucha frontal en contra de las resoluciones antes descritas y expedidas por el IFT que llevan al establecimiento de una tarifa cero evidentemente perjudiciales para los intereses del primero Asimismo, incluye en ese combate lo establecido al respecto en la LFTR. Es así que el AEP centra su estrategia en tres puntos, haciéndolo por medio de Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V.:

1. Juicio de amparo indirecto en contra del ACUERDO P/ IFT/EXT/060314/76 radicado con el número 42/2014 en el Juzgado Segundo de Distrito en Materia Administrativa especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones.
2. Juicio de amparo indirecto en contra del ACUERDO P/ IFT/260314/17 radicado con el número 42/2014 en el Juzgado Segundo de Distrito en Materia Administrativa especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones.
3. Juicio de amparo indirecto en contra de (i) la discusión, aprobación y expedición de los artículos 131 párrafo segundo inciso A y párrafo tercero, así como los artículos sexto, vigésimo y trigésimo quinto transitorios de la LFTR, y de la (ii) promulgación del Decreto que contiene las normas impugnadas. Para ello fueron señaladas como autoridades responsables, respectivamente, el Congreso de la Unión y el Presidente

de la República. Dicho juicio fue radicado bajo el número 204/2014 ante el Juzgado Segundo de Distrito en Materia Administrativa, especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones.

En el caso de los dos primeros juicios señalados, ambos fueron sobreseídos y por tanto se negó la protección de la justicia federal. De esta manera la estrategia del AEP se enfocó en el juicio de amparo indirecto 204/2014 en contra de (i) la discusión, aprobación y expedición de los artículos 131 párrafo segundo inciso A y párrafo tercero, así como los artículos sexto, vigésimo y trigésimo quinto transitorios de la LFTR, y de la (ii) promulgación del Decreto que contiene las normas impugnadas.

A la postre, el 18 de febrero de 2015, por sentencia, la protección de la justicia federal sería igualmente negada por el juzgado conocedor del asunto. Sin embargo, es necesario mencionar que de los conceptos de violación mencionados por Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. destacaban para efectos de este trabajo, los siguientes:

- a. El Congreso de la Unión es incompetente para emitir regulación y fijar tarifas de interconexión.
- b. El establecimiento del régimen de gratuidad (tarifa cero) viola la garantía de seguridad jurídica por la ilegal extinción del régimen tarifario derivado del Decreto de reforma constitucional.

Es por eso que, ante el recurso de revisión interpuesto por Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V. previa declaración de incompetencia por parte de Tribunal Colegiado de conocimiento por tratarse del análisis de la constitucionalidad de una norma, sería la SCJN quien asumiera su competencia originaria, por lo que el recurso de revisión se tramitaría ante esta última, y se registraría bajo el número 1100/2015. De esta manera se iniciaría el estudio constitucional

de un asunto que finalmente resultaría paradigmático al fortalecer al IFT y con ello al sistema institucional mexicano recientemente reformado, específicamente le daría fuerza y legitimidad a la figura de los OCAs existentes.

La SCJN, como tribunal constitucional del país, concentró su análisis en el párrafo segundo inciso A y párrafo tercero del artículo 131 de la LFTR, así como en los artículos sexto, vigésimo y trigésimo quinto transitorios del Decreto por el que se expide la LFTR.

El pasado 16 de agosto de 2017, la SCJN pronunciaría su sentencia al amparo en revisión 1100/2015 revocando la sentencia recurrida y otorgando la protección de la justicia federal a Radiomóvil Dipsa, S.A. de C.V., lo que como efecto inmediato generaría la consolidación del IFT como el órgano regulador en materia de telecomunicaciones en México, ya que, *grosso modo*, el Máximo Tribunal resolvería que el Congreso de la Unión invadió la esfera competencial del IFT al establecer que corresponde al IFT la competencia originaria y exclusiva para fijar el régimen asimétrico relativo a las tarifas de interconexión para la terminación de tráfico en la red móvil del AEP.

La conclusión alcanzada por la SCJN parte del reconocimiento del nuevo diseño institucional que creó al IFT como la instancia especializada en el sector, y que es el organismo que cuenta por tanto con los elementos técnicos para expedir esta regulación, pero sobre todo, con la competencia para ello otorgada directamente por la Constitución.

No obstante se reconocen las facultades constitucionales del Congreso de la Unión para legislar en materia de telecomunicaciones y radiodifusión, esto no implica la sustitución del IFT en el ejercicio de sus propias facultades constitucionalmente establecidas. De esta manera, esta sentencia se convierte en paradigma al consolidar el nuevo diseño institucional que fortalece el papel de los OCAs del Estado, particularmente los encargados de tareas regulatorias.

VII. CONCLUSIONES

Dentro del análisis presentado, es importante hacer notar una serie de reflexiones que son necesarias para entender el nuevo paradigma que vivimos, y partimos de la siguiente pregunta: ¿Es esta resolución en favor del IFT una que fortalece, legitima y consolida a los OCAs dentro del sistema institucional mexicano?

Desde mi perspectiva, se tienen distintos elementos para responder a dicha pregunta:

1. Efectivamente se reafirma la fuerza y especialización de los OCAs (no es cosa menor que la doctrina y la jurisprudencia ya consideren que cuentan con una paridad de rango con respecto a los poderes tradicionales), ya que los dota de elementos suficientes y necesarios para hacerse cargo y ser la máxima autoridad en materias especializadas.
2. Se rompe con el paradigma tradicional, lo que hace necesario buscar formas para determinar con mayor claridad la responsabilidad de los OCAs; ya que, en casos como este el IFT no realizó su función y en cambio trasladó de facto su responsabilidad al Legislativo, no cumpliendo con el ejercicio de las facultades exclusivas que le fueron conferidas por la Ley Fundamental.
3. Se deben tener precauciones con este nuevo diseño institucional, principalmente porque podemos incurrir en generar organismos dotados de muchas facultades, pero sin la voluntad o incluso la capacidad de responder de forma eficiente y clara a asuntos que son de su competencia, pudiendo ser omisos al observar que es otro Poder el que está supliendo esa deficiencia.
4. Si bien la SCJN es un órgano fundamentalmente decisor, debe llamar la atención que se ha convertido gradualmente en el Poder que da claridad a la determinación de las facultades

de los otros; por lo que se puede correr el riesgo de poner en entredicho la paridad jerárquica que debe existir entre ellos.

5. Decisiones como la tomada por la SCJN obligan a redimensionar el fenómeno del poder en México, la irrupción de los OCAs por lo general ha sido causante de una clara reducción en las facultades que puede ejercer el Poder Ejecutivo, y es de esa manera que se ha asumido como algo correcto para de esta manera incrementar y fortalecer los contrapesos existentes frente al último, en un país eminentemente presidencialista. No obstante, la resolución que se analiza tuvo un impacto directo en la línea de flotación del Poder Legislativo, lo que resultó novedoso pues al igual que el Judicial habían resultado los Poderes menos afectados con la llegada de los OCAs, tal vez de ahí pueda entenderse parte de la polémica que generó y que indudablemente se ha convertido en un precedente muy importante.

6. Existe una clara falta de claridad conceptual entre los legisladores y los integrantes de los propios OCAs. Parecería que ahora el Poder Legislativo busca recuperar parte de las facultades que con anterioridad ejercía y las cuales dejó de tener en virtud de reformas constitucionales y legales diseñadas en su seno. No queda duda de que la facultad originaria de regular asimétricamente en tarifas al AEP es única y exclusivamente del IFT, por lo que el Poder Legislativo Federal se extralimitó y elaboró una norma que a todas luces generaría una reducción del margen de maniobra de un ente público que se encuentra al mismo nivel.

7. Los criterios bajo los cuales la SCJN resolvió no son otros que los fijados por el principio de división de poderes, los cuales son establecidos por la Carta Magna. Es por tal razón que consideramos que la teoría tradicional de la división de poderes ha sido rebasada y se está volviendo impostergable

reconocer que el día de hoy existen diez OCAs que ejercen facultades muy importantes y que agrupados deben ser considerados ya un cuarto poder. La resistencia de parte de la doctrina, del legislador y de los juzgadores a reconocer esta realidad está generando que hoy estas instituciones se encuentren dispersas, dentro de un desorden administrativo, y que el correcto ejercicio de las facultades que les han sido conferidas no sea claro.

8. La sentencia de la SCJN tiene como uno de los ejes alrededor de los cuales se lleva a cabo su argumentación al que llama “Principio de competencia especializada o deferencia técnica”, y que ahí mismo se señala “parte del reconocimiento de que las cuestiones técnicas deben ser necesariamente reservadas al Instituto; máxime cuando desde la norma constitucional se advierte, como es en el caso, la existencia de una competencia de carácter originario en materia de regulación asimétrica”. Es decir, la exclusividad en las facultades del IFT se debe a dos elementos:

- a. Competencia especializada, y
- b. Competencia de carácter originario.

Por tanto, se tiene que derivado de la voluntad popular el IFT cuenta con una competencia de carácter originario (toda vez que fue el propio legislador quien reformó la Constitución para determinarlo así) y, además, el hecho de ser un organismo solvente técnicamente para emitir reglas de carácter general y resolver controversias en la materia le brinda la legitimidad suficiente para que el ejercicio de sus facultades exclusivas sea oponible a terceros, los Poderes de la Unión entre ellos.

9. El voto concurrente que formuló el Ministro José Fernando Franco González Salas en el amparo en revisión 1100/2015 fue más allá e hizo una crítica a la resolución aludida al señalar

lo siguiente: “me separo de las consideraciones de la sentencia en las que se mencionaron lineamientos relacionados con la forma en que el Instituto Federal de Telecomunicaciones debe fijar la tarifa de interconexión, pues considero que ello es contradictorio con la razón central por la que se concedió el amparo, a saber, que el Instituto Federal de Telecomunicaciones es el único órgano constitucionalmente competente para fijar la tarifa de interconexión para los agentes económicos preponderantes”. Es decir, ninguno de los tres Poderes deben tener injerencia alguna en los temas que competen únicamente al IFT, pudiendo considerar a éste como un argumento importante para hacerse valer por cualquiera de los nueve OCAs restantes.

10. Actualmente, la fortaleza ganada por los OCAs a partir de algunas de las decisiones tomadas por los propios legisladores y, cuando llegan a presentarse conflictos, por los juzgadores es una realidad; situaciones como aquellas de manera definitiva están reconfigurando la forma y los medios por los cuales el poder es ejercido en México.

Derivado de lo anterior, es importante reconocer que al día de hoy existen en México diez importantes instituciones públicas que en razón de entre otras cosas su creación y configuración señaladas directamente en la Carta Magna, de su competencia especializada, de los importantes temas a los que están dedicadas y de la paridad jerárquica que tienen respecto de los poderes tradicionales, deben ser consideradas un cuarto poder, el cual por cierto se trata de uno constituido. Existen constituciones que ya lo contemplan, como ejemplo se tiene que la Constitución Política de Colombia en su artículo 113 señala lo siguiente:

Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

Con un reconocimiento claro como el señalado anteriormente, se podría comenzar por establecer un orden en esta categoría de entes públicos y de esta manera mitigar el riesgo de que se presenten situaciones indeseables. Finalmente, en resoluciones como las que se han analizado en el presente trabajo, se pueden vislumbrar argumentos a favor de que así sea, a pesar de que aún se pueden notar reticencias francamente endeables.

DE LA INEXISTENTE DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS¹

ADRIANA MARÍA RESTREPO OSPINA²

RESUMEN: El artículo aborda el problema de la definición de los principios jurídicos en Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, como autores paradigmáticos y que han realizado aportes relevantes en la discusión sobre los principios jurídicos y su distinción respecto de las reglas. El análisis se centra en mostrar cómo cada una de estas propuestas intenta ofrecer un criterio que, desde el ámbito estructural, permita una diferenciación clara entre reglas y principios, que sirva de soporte lógico y analítico a la distinción metodológica que de ella se deriva en el terreno aplicativo: la subsunción para las reglas, y la ponderación para los principios. La revisión detallada de cada uno de estos autores lleva a concluir que dicha distinción estructural no es defendible, pues o carece de fundamentación apropiada, o supone decisiones interpretativas previas del órgano que toma la decisión.

PALABRAS CLAVE: *principios jurídicos, reglas, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, diferencias estructurales.*

ABSTRACT: This article addresses the issue of the definition of law's principles in Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza and Juan Ruiz Manero, as paradigmatic authors who have made relevant contributions in the discussion of legal principles and their distinction from rules. The analysis focuses on showing how each one of this proposals attempts to offer a criterion that allow a clear differentiation between rules and principles from the structural

¹ Este trabajo es parte del proyecto de investigación DER2016-74898-C2-1-R, "Conflictos de derechos, tipologías, razonamientos, decisiones", del Ministerio de Economía y competitividad del Gobierno español.

² Profesora e investigadora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Udea, calle 70 No. 52-21, Medellín, Colombia. Investigadora de la Universidad de León (España). Abogada, Magister en Filosofía y Doctoranda en Derecho de la Universidad de León (España). Correspondencia: <adrianam.restrepo@udea.edu.co>.

point of view, which serves as a logical and analytical support to the methodological distinction in the applicative field: subsumption for rules and balancing for principles. The detailed review of each one of those authors leads to the conclusion that said structural distinction is not defensible, because of a lack of adequate foundation, or because it implies prior interpretative decisions of the agent who decides.

KEYWORDS: *Legal Principles, Rules, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Structural differences.*

SUMARIO: I. El papel de los principios jurídicos en la teoría del derecho contemporánea; II. Los principios jurídicos desde la moral y la política en Ronald Dworkin; III. Una distinción estructural, pero centrada en el modo de cumplimiento, desde Robert Alexy; IV. Una genuina distinción estructural y sus problemas. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero; V. Conclusiones; VI. Fuentes.

INTRODUCCIÓN

La definición de los principios jurídicos, objeto de este texto, se abordará consultando las propuestas de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero; quienes han hecho aportes relevantes en esta discusión, especialmente sobre su distinción frente a las reglas. El análisis mostrará cómo cada una de estas propuestas intenta ofrecer un criterio estructural que permita una diferenciación clara entre reglas y principios, que sirva de soporte lógico y analítico a la distinción metodológica que de ella deriva en el terreno aplicativo jurídico: la subsunción para las reglas, y la ponderación para los principios. Esta revisión detallada autores lleva a concluir que tal distinción estructural no es defendible, pues o carece de fundamentación apropiada, o supone decisiones interpretativas previas del órgano que toma la decisión.

Para ello se analizará inicialmente la importancia de la definición de los principios y su diferencia con las reglas; en segundo lugar se abordará el trabajo analítico de los textos pertinentes de los

autores mencionados, empezando por Dworkin. Esta revisión detallada lleva a concluir que en este autor no existe criterio estructural que permita distinguir principios de reglas; a continuación se analiza conceptualmente la propuesta de Robert Alexy y sus criterios de diferenciación, enfatizando en el estructural, para concluir que lo que éste llama criterio estructural no es propiamente tal, pues se centra en el modo de cumplimiento de la regulación, no en su estructura lógica o lingüística; luego se pasa a revisar el trabajo de los profesores Atienza y Ruiz Manero, quienes en una muy detallada clasificación de los enunciados normativos sí logran ofrecer una distinción estructural importante, pero que pierde gran parte de su capacidad explicativa de la distinción entre reglas y principios, al ser directamente dependiente, de modo similar a como lo hace Alexy, de su propia definición de lo que es un principio, como un contenido interpretativo previo y configurador de la estructura misma del enunciado normativo.

I. EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS EN LA TEORÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA

A partir de la idea de principio, entre otras, se ha configurado una manera “renovada” de entender la Constitución, que aboga abiertamente por la materialización moral del derecho, una ampliación de las capacidades de los jueces para resolver los casos controversiales –el activismo judicial– y un desplazamiento de la mítica fe en el legislador hacia una “más realista” confianza en los jueces.³ Asumiendo que los jueces poseen mayores capacidades y mejor posición (o disposición) para resolver adecuadamente los problemas que se presentan en casos difíciles, en los cuales: no hay consenso sobre los límites que el derecho impone a la decisión, no hay tales límites,

³ Juan Antonio García Amado, *Pidiendo el principio. Dworkin y la teoría del derecho en serio*, en línea, disponible en: <www.garciamado.es>, 2014.

o los resultados de la decisión parecen inapropiados; sin que quede del todo claro si la toma de alguna decisión en estos escenarios, mediante la ponderación como su método propio, garantiza seguir moviéndose dentro del sistema jurídico o tal vez implica alguna relación exógena con otros sistemas, como el moral y/o el político.

II. LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS DESDE LA MORAL Y LA POLÍTICA EN RONALD DWORKIN

Desde la aparición de sus primeras críticas al positivismo, en *The Model of Rules I*, en 1967, la relevancia académica de las ideas de Dworkin fue incrementando; en la actualidad no parece posible pensar en términos de teoría jurídica sin referirse a sus ideas sobre los principios jurídicos y su papel en el derecho. Ello muestra el gran impacto de sus ideas en la teoría del derecho contemporánea, al reorientar el debate entre positivismo e iusnaturalismo⁴ y en la propia teoría del derecho. “Quizá el logro más importante de la obra de Dworkin sea el de haber situado los grandes problemas de la teoría jurídica dentro del ámbito de la filosofía moral y política”.⁵

La definición de los principios jurídicos que ofrece este autor, ya clásica, dice que

[...] cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas, especialmente en aquellos casos difíciles en que nuestros problemas con tales conceptos parecen agudizarse más, echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de modo diferente, como principios, directrices políticas y otro tipo de pautas. [...] En la mayoría de los casos usaré el término “principio” en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas.⁶

⁴ Arthur Ripstein, “Dworkin,” en *Ronald Dworkin*, 2007.

⁵ Mariano Melero de la Torre, *Dworkin y sus críticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 11.

⁶ Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 72.

Distingue los principios de las normas, “reglas” para Hart,⁷ por varias razones: porque los principios no necesariamente están escritos o pertenecen a alguna codificación, pudiendo hacerlo; porque, pueden ser tanto de carácter jurídico como morales y políticos;⁸ son de la más alta generalidad; a diferencia de las reglas, no establecen disyuntivas, a la manera de todo o nada, sino que tienen una dimensión que aquellas no poseen: la de peso o importancia relativa para la solución de los casos.

Llamo “directriz” o “directriz política” al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad [...] Llamo “principio” a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegura una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.⁹

Plantea una importante distinción interna entre principios, los principios en sentido estricto y las directrices. Los primeros expresan alguna exigencia de la moralidad;¹⁰ los segundos, algún objetivo social o político importante; siendo más relevantes para la decisión judicial los principios en sentido estricto, pues considera que las directrices son más propias para el razonamiento del legislador.¹¹

En su debate contra el iuspositivismo, critica idea de discrecionalidad, sosteniendo que los jueces al fallar no sólo recurren a reglas, sino que también observan, especialmente en los casos difíciles, principios morales.¹² Éstos también integran el derecho y permiten la existencia de una única respuesta correcta en cada

⁷ H. L. A Hart, *The Concept of Law*, 2^a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.

⁸ Dworkin, *op. cit.*, p. 71.

⁹ Ronald Dworkin, *Los Derechos En Serio*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 72.

¹⁰ Dworkin, *op. cit.*, 1984, p. 72.

¹¹ *Ibidem*, pp. 147ss.

¹² *Ibid*, p. 72

caso.¹³ La teoría que mejor explique las prácticas sociales vigentes, que integran en el derecho tanto a los principios morales como a las reglas, es la mejor justificación de la decisión judicial.¹⁴

Acepta que en los casos fáciles se puede hablar de aplicación de reglas previas a casos nuevos, pero, se pregunta: “¿podemos decir lo mismo cuando la Suprema Corte desatiende los precedentes y ordena la desegregación en las escuelas (de los Estados Unidos) o declara ilegales procedimientos usados por la policía y condonados por los tribunales desde hace decenios?”,¹⁵ casos en que, según afirma, la Corte da razones, apela a principios políticos y de justicia, sin citar precedentes ni leyes, recurriendo a “principios jurídicos fundamentales”,¹⁶ utilizados por los jueces para resolver los casos difíciles.

Para sustentar la distinción planteada, el autor recurre a ejemplificar mediante casos la noción de principios. En *Riggs v. Palmer*, en el que el heredero mató a su abuelo, se planteaba la cuestión de si aquél debía o no recibir la herencia. En este caso, el tribunal sostuvo que:

todas las leyes, lo mismo que todos los contratos, pueden ser controladas en toda su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia, o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen. El asesino no recibió su herencia.¹⁷

¹³ Esta idea fue, sin embargo, matizada en otras de sus obras. Por ejemplo, García Amado sostiene: “El DWORKIN posterior [a *Taking Rights Seriously*] es más ambiguo a ese respecto y parece que va plegando velas en lo referido a la fuerza decisoria de los valores morales que son derecho y en lo concerniente a su teoría de la única respuesta correcta (García Amado, 2010, p. 178).

¹⁴ Dworkin, *op. cit.*, 1988, p. 74.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 47-48.

¹⁶ *Ibid*, p. 49.

¹⁷ *Ibid*, p. 73.

En *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, sobre la responsabilidad que le corresponde a un fabricante de automóviles por los daños causados en un accidente, el juez sostuvo que:

La libertad de contratación no es una doctrina tan inmutable como para no admitir restricción alguna [...] ¿Hay algún principio que sea más familiar o esté más firmemente integrado en la historia del derecho anglo-norteamericano que la doctrina básica de que los tribunales no se dejarán usar como instrumentos de desigualdad e injusticia?¹⁸

Considera que estos casos muestran que es usual para los jueces recurrir a “principios jurídicos”,¹⁹ que plantea como distintos de las reglas por: el carácter de su orientación, pues no aplican en forma de todo o nada; su no aplicabilidad sin excepciones a todos los casos; la imposibilidad de delimitar su contenido haciendo expresas las excepciones que aplican; no establecer las condiciones de aplicación sino apoyar una dirección para alguna decisión; y el hecho de poseer peso o importancia. Así, señala que:

La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión.²⁰

En este caso encuentra el autor una primera diferencia entre principios y reglas, que entiende es estructural o lógica, basada en el carácter de la orientación: las normas son disyuntivas, los principios no. Y agrega que, a veces decimos “que nuestro derecho respeta el principio de que nadie puede beneficiarse de su propio delito, pero

¹⁸ *Ibid*, p. 74.

¹⁹ *Ibid*, p. 73.

²⁰ *Ibid*, p. 75.

no queremos decir con ello que la ley nunca permite que un hombre se beneficie de las injusticias que comete”.²¹ Con ello muestra otra distinción entre reglas y principios, pues a diferencia de las reglas, éstos no aplican a todos los casos sin excepción; ni admiten clarificación agregando las excepciones, como en el caso de las reglas, pues no es posible identificar los innumerables casos en que un principio no sería válido, por lo que identificarlos “podría agudizar nuestra percepción del peso del principio [...], pero no nos proporciona un enunciado más completo ni más exacto del mismo”.²²

Luego resalta una característica adicional, consistente en que un principio como el que establece que “(n)adie puede beneficiarse de su propio delito”,²³ no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación, sino que enuncia una razón en una dirección, sin exigir una decisión en particular. Si un hombre tiene algo o está a punto de recibirlo, como resultado directo de algo ilegal que hizo para conseguirlo, ésa es una razón que la ley tendrá en cuenta para decidir si debe o no conservarlo. Puede haber otros principios o directrices que apunten en dirección contraria; por ejemplo, una directriz de aseguramiento de derechos, o un principio que limite la pena a lo estipulado por la legislación”.²⁴ Por tanto, los principios no establecen sus condiciones de aplicación, dejando abierto el ámbito de casos en los que pueden ser aplicables.²⁵

Otra característica consiste en el peso o importancia de los principios, por lo que se tienen que comparar cuando varios son aplicables a un caso. Si se da interferencia entre principios, como el de

²¹ *Ibid*, pp. 75-76.

²² *Ibid*, p. 76.

²³ *Ibid*, pp. 75-76.

²⁴ *Ibid*, pp. 76-77.

²⁵ Esta característica será resaltada de forma detallada por los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero en muchas de sus obras, especialmente en “Las piezas del derecho”.

“la política de protección a los consumidores de automóviles”²⁶ y “los principios de libertad de contratación”,²⁷ quien decide el conflicto tiene que considerar el peso relativo de cada uno; decisión que no es mecánica y puede ser controvertida. Así, a diferencia de los principios, las normas son importantes funcionalmente, sin tener peso.²⁸ En cambio, la importancia sistémica de los principios radica en que uno puede sustituir a otro por tener mayor peso.

Los conflictos entre normas se resuelven decidiendo cuál es válida y cuál debe ser abandonada o reformada. Decisión que se da bajo criterios “que trascienden las normas mismas”,²⁹ como la antigüedad, superioridad o especialidad; incluso los sistemas jurídicos pueden “preferir la norma fundada en los principios más importantes”.³⁰ Y agrega lo que parece ser otro criterio de diferenciación: “quien sepa algo del derecho norteamericano sabe que debe tomar el primero de estos enunciados como la expresión de una norma, y el segundo como la de un principio”,³¹ señalando que ello puede ser difícil, pues es posible que “no se haya establecido cómo debe operar el estándar”,³² lo que puede dar lugar a controversias. Remite, como ejemplo, a la cláusula sobre libertad de expresión de la primera enmienda de la Constitución norteamericana que, dice, se puede tomar como norma (toda norma que la contraríe debe declararse inconstitucional) o como principio (mirar el contexto para ver si hay otro principio o directriz que permita la limitación).³³

²⁶ Dworkin, *op. cit.*, p. 77.

²⁷ *Ibidem*, p. 77.

²⁸ *Ibid.*, p. 78, resaltados propios.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*

³² *Ibid.*

³³ *Ibidem*.

Continúa agregando que, a veces, las normas y los principios desempeñan papeles muy semejantes (función), siendo su diferencia “casi exclusivamente cuestión de forma”,³⁴ con lo que remite al criterio formal. Sin embargo, al estudiar el *Sherman Act*, que establece que todo contrato que restrinja el comercio será nulo, muestra cómo, a pesar de las formas, la decisión de la Corte Suprema fue, tratarlo como norma en sentido lógico, pero considerando que funcionaba como principio en sentido sustancial, al contener la palabra “irrazonable”, la cual le pareció que lleva a considerar múltiples directrices y principios antes de determinar si alguna restricción es irracional.

Con frecuencia, palabras como “razonable”, “negligente”, “injusto” y “significativo” cumplen precisamente esta función. Cada uno de estos términos hace que la aplicación de la norma que lo contiene dependa, hasta cierto punto, de principios o directrices que trascienden la norma, y de tal manera hace que ésta se asemeje más a un principio. Pero no la convierten totalmente en un principio, porque incluso el menos restrictivo de estos términos limita el tipo de los otros principios y directrices de los cuales depende la norma.³⁵

Sin embargo, esta explicación no deja en claro por qué el uso de este tipo de términos hace que se deba tratar al estándar en cuestión como principio, pues la necesidad de interpretar conceptos vagos es bastante común en derecho.

Además, y en la misma línea de contradicción con lo dicho sobre la distinción como cuestión formal, agrega: “La forma de un estándar no siempre deja en claro si se trata de una norma o de un principio”,³⁶ aceptando que distinguir principios y reglas no es posible en este terreno. Se sirve de dos ejemplos de enunciado: un testamento no es válido sin la firma de tres testigos, y, un hombre

³⁴ *Ibid.*, p. 79.

³⁵ García Amado, *op. cit.*, 2014.

³⁶ *Ibidem.*

no se puede beneficiar de su propio delito; y reconoce que, en lo formal, no se puede diferenciar entre estas proposiciones. Esta idea será precedente de una práctica común entre quienes defienden la distinción entre reglas y principios: a pesar de proponer diversos criterios de diferenciación, aceptan al final que, por referencia al texto normativo no es posible distinguir entre ellos.³⁷

Dworkin da por sentado que ha distinguido los principios como “una clase de estándares aparte, diferente de las normas jurídicas”,³⁸ y agrega que ello permite ver que estamos rodeados de ellos, y que funcionan con más fuerza y peso en los casos difíciles, pues:

En casos así, los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas. Una vez decidido el caso, podemos decir que el fallo crea una norma determinada [...] Pero la norma no existe antes de que el caso haya sido decidido; el tribunal cita principios que justifican la adopción de una norma nueva.³⁹

Al distinguirlos, agrega que los principios permiten fundamentar juicios sobre la existencia de derechos y obligaciones jurídicas, y que son argumentos de autoridad para crear tanto nuevas interpretaciones como nuevas normas jurídicas en el sistema, pues dichos principios forman parte del material jurídico existente.⁴⁰

Finalmente, hay que resaltar que la idea clave que le permite entender que los principios hacen parte del derecho radica en su obligatoriedad. “Cuando decimos que un determinado principio es un principio de nuestro derecho, lo que eso quiere decir es que el principio es tal que los funcionarios deben tenerlo en cuenta, si viene al caso, como criterio que les determine a inclinarse en uno u

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Dworkin, *op. cit.*, p. 80.

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ *Ibid.*

otro sentido”,⁴¹ pues guían la decisión sin determinarla; muchos ni siquiera especifican los deberes o derechos que de ellos se derivan, o sus condiciones de aplicación; pero no puede obviarse el “importante papel de los principios cuando se trata de llegar a determinadas decisiones jurídicas”.⁴²

Frente a ello, plantea como posible tratar a los principios jurídicos como normas jurídicas “y decir que algunos principios son obligatorios como derecho y que han de ser tenidos en cuenta por los jueces y juristas que toman decisiones de obligatoriedad jurídica”,⁴³ o negar que son obligatorios “de la misma manera que lo son algunas normas”.⁴⁴ Ello, considera, no es solo una cuestión de palabras sino una elección entre dos puntos de vista de vital importancia para analizar la obligación jurídica: elegir entre dos conceptos de principio, que muestran la diferencia entre tener algo por norma o costumbre, como correr dos kilómetros o el ir al cine una vez por semana, en el ejemplo de Hart, y estar obligado por una norma.

En su opinión, los jueces no actúan en el sentido de tener por norma aplicar ciertos parámetros, sino que existen normas que los obligan. “Si los jueces simplemente “tienen por costumbre” no imponer el cumplimiento de ciertos contratos, por ejemplo, entonces no podemos decir, antes de la decisión, que nadie “tenga derecho” a ese resultado, y esa proposición no puede integrar ninguna justificación que pudiéramos ofrecer para la decisión”.⁴⁵ Una de estas versiones, afirma, enfoca los principios como vinculantes, y la otra no. Y ello afecta, incluso determina, “la respuesta que podamos dar a la cuestión de si el juez, en un caso difícil [...] intenta imponer el cum-

⁴¹ *Ibid.*, p. 77.

⁴² *Ibidem*, p. 80.

⁴³ *Ibid.*, p. 81.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 81.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 82.

plimiento de derechos y deberes preexistentes”.⁴⁶ Teniendo como vinculantes a los principios, los jueces aplican “normas jurídicas obligatorias”,⁴⁷ imponen el cumplimiento de derechos y deberes jurídicos, sin ejercer discreción.

Como se observa, el criterio fundamental para saber cuándo son obligatorios los principios para los jueces son los derechos preexistentes. Así, refiriéndose a la identificación de los derechos políticos, sostiene Dworkin que no hay procedimiento mecánico para determinarlos, pero, en los casos políticos y jurídicos difíciles, los abogados razonables discrepan, sin que alguno convenza al otro.⁴⁸ Entender que en estos casos no existe derecho alguno presupone una tesis filosófica: “ninguna proposición puede ser verdadera a menos que exista, por lo menos en principio, algún procedimiento para demostrar su verdad de manera tal que cualquier persona racional deba conceder que es válida”;⁴⁹ idea cuyo rechazo considera fundado en buenas razones, especialmente frente a discusiones sobre derechos. En su opinión, es necesario que la teoría política “reconozca que muchas reclamaciones de derecho, incluso algunas muy importantes, no son demostrables, y por consiguiente, ofrecen principios capaces de regir la decisión oficial cuando los derechos son controvertidos”.⁵⁰

Es decir, está afirmando la problemática tesis de que es posible encontrar los principios capaces de regir decisiones judiciales, precisamente allí donde no hay acuerdo entre abogados razonables, en casos de reclamaciones de derechos, pues no hay norma que los consagre, y cuya existencia no se puede comprobar intersubjetivamente.

⁴⁶ *Ibidem.*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibidem*, p. 40.

⁴⁹ *Ibidem.*

⁵⁰ *Ibid.*

En tanto los principios “orientan una decisión en un sentido, aunque no en forma concluyente, y sobreviven intactos aun cuando no prevalezcan”;⁵¹ ello, le parece, no justifica afirmar que los jueces cuando usan principios tienen discreción.

Si un juez cree que los principios que está obligado a reconocer apuntan en una dirección y que los principios que apuntan en otra, si los hay, no tienen el mismo peso, entonces debe decidir de acuerdo con ello, así como debe seguir lo que él cree que es una norma obligatoria. Por cierto que puede equivocarse en su evaluación de los principios, pero puede también equivocarse al juzgar que la norma es obligatoria.⁵²

Es paradójico, pero lo importante es que el juez debe creer que está obligado a reconocerlos, y si compiten, debe decidir por los que a él le parezca que pesan más; afirmando que esto mismo se hace con las normas obligatorias. El punto crítico clave, político y de teoría del derecho, es que hay que determinar algún criterio para decidir más o menos objetivamente cuándo una norma o un principio son obligatorios, y esta explicación no es suficiente, a pesar de que, frente a las reglas, sí parece haber algo semejante a tal criterio, el concepto de validez jurídica.

Como se ve, el autor pasa de enfatizar las diferencias entre reglas y principios con base en la lógica, la estructura, la forma, el sentido de la regulación o los efectos, a considerar que los principios son razones a favor de alguna decisión.⁵³ Razones que tendrá que tomar en consideración no solo el legislador sino especialmente el juez, a la hora de identificar cuáles son los derechos preexistentes que debe aplicar.

Pero, entender los principios como razones, por su parte, hace que éstos se parezcan mucho a los *Topoi*: una fuente de argumentos que puede orientar la decisión, o no. Es claro que siempre habrá

⁵¹ *Ibid.*, p. 89.

⁵² *Ibidem.*

⁵³ *Ibid.*, pp. 76-77.

una razón, tal vez varias, detrás de la decisión, y puede darse a este procedimiento cualquier nombre, incluso discrecionalidad; lo relevante es que el fenómeno es, comparativamente considerado, el mismo. Y probablemente tenga las mismas consecuencias en el nivel de lo político.

Por lo dicho, parece que distinguir entre principios y reglas no es un asunto formal, ni estructural ni funcional, ni derivado de alguna característica propia del instrumento normativo sino de otra cosa: cómo deben tomarlos o entenderlos los operadores. Este es un asunto que puede ubicarse en el nivel de la cultura jurídica, o de la pragmática, pero sólo admitiendo, en términos de teoría del derecho, que los elementos del sistema jurídico son aquellos que los operadores jurídicos acepten como tales. Y esto se parece mucho a la tesis positivista de las fuentes sociales del derecho, tan criticada por el autor.

Aunque queda otra alternativa, la de considerar que existe un deber de entender los enunciados normativos a veces como reglas y otras veces como principios. De ser así, tal deber tendría que entenderse como parte de una teoría normativa sobre el derecho; y éstas, en tanto establecen deberes no positivos, son propuestas de mejora del sistema jurídico o cosas semejantes, no explicaciones de cómo es el derecho efectivamente. Y, en tanto teorías normativas, que se supone están fundadas en diversas concepciones morales y políticas, todas se encuentran necesitadas de fundamentación en dichos términos, y no se puede llegar a concluir sin más que, una vez se ofrezca dicha fundamentación, la misma equivale a una afirmación de validez *jurídica*.

En conclusión, queda claro que para Dworkin la distinción entre tipos de normas o estándares radica en la práctica: si conoces el sistema dado, *debes tomar* algunos enunciados normativos como norma y otros como principio, sin que se pueda saber de antemano, a partir del texto mismo, cuál es de un tipo y cuál del otro. Es, al final de cuentas, un asunto perteneciente al uso de los enunciados nor-

mativos, más que a la lógica o función lingüística que éstos puedan desempeñar, o a su estructura.

III. UNA DISTINCIÓN ESTRUCTURAL, PERO CENTRADA EN EL MODO DE CUMPLIMIENTO, DESDE ROBERT ALEXY

Si Dworkin revivió la discusión teórica sobre principios jurídicos, Robert Alexy profundizó en esta discusión con gran fuerza e impacto, aportándole una amplitud y relevancia especialmente significativas en el derecho constitucional, la teoría del derecho y la argumentación jurídica. Para éste, los principios son:

[...] normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario.⁵⁴

Para el autor, los principios son, entonces, normas optimizables, sin que quede del todo claro a qué se refiere exactamente esta idea de optimización o maximización, que desarrolla mediante la ponderación. Por razones de espacio esto no puede discutirse aquí.

Es en la optimización donde encuentra el autor la principal diferencia de principios y reglas, pues éstas, considera, no poseen tal cualidad y, por ello no son objeto de ponderación, mientras que los principios la exigen.

Para explicar los principios jurídicos como normas, acude al enfoque de las razones, según el cual tanto reglas como principios

⁵⁴ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 14.

lo son, pues ambas establecen lo que es debido,⁵⁵ pudiendo “ser formulados, con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, el permiso y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para llevar a cabo juicios concretos de deber ser, aun cuando sean razones de un tipo muy diferente”.⁵⁶

Considera esta distinción como de la mayor importancia para una teoría de los derechos fundamentales, pues es la base de la teoría de la fundamentación iusfundamentalmente correcta de los mismos, y clave para la solución de los problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales.

Sin ella, no puede existir una teoría adecuada de los límites a los derechos fundamentales, ni una teoría satisfactoria de la colisión entre derechos fundamentales y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan estos derechos en el sistema jurídico. Es un elemento básico ... de la dogmática de los derechos ... La distinción entre reglas y principios constituye, además, el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales. Por todo esto, la distinción entre reglas y principios es uno de los pilares fundamentales del edificio de la teoría de los derechos fundamentales.⁵⁷

Así, el concepto de principio y su diferencia con las reglas es un elemento crucial para esta teoría; para establecerla, introduce los criterios más comunes de distinción, como la generalidad, su génesis, el contenido valorativo, los tipos de casos a los que aplican, su relevancia en el ordenamiento jurídico, su condición de fundamen-

⁵⁵ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 65.

⁵⁶ Robert Alexy, *Teoría de La Argumentación Jurídica*, 2ª ed., Manuel Atienza e Isabel Espejo (eds.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007 p. 65.

⁵⁷ Alexy, *op. cit.*, *Teoría...* 2007, p. 62.

to de las reglas, o su relevancia en la argumentación,⁵⁸ y termina por revisar tres criterios: el estructural, que será el eje de análisis en este texto, el papel que juegan como razones, y la generalidad, con base en los cuales, considera, es posible mostrar que hay diferencias *cualitativas* entre reglas y principios, en tanto éstos son mandatos de optimización, y las reglas no.

Desde el criterio estructural, circunscribe la diferencia entre reglas y principios con base en la exigencia de cumplimiento que deriva de cada uno de ellos:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario.⁵⁹

En tanto mandatos de optimización, los principios son distintos a las reglas, que exigen cumplimiento pleno; por ello, éstas sólo pueden ser cumplidas o incumplidas, al establecer *determinaciones* en lo posible, fáctica y jurídicamente. En su condición de *mandatos de optimización*, los principios pueden cumplirse en distintos grados, y como su medida debida de cumplimiento depende de las posibilidades reales y jurídicas, es necesario establecer estas últimas recurriendo a los principios y reglas opuestos.

El carácter de los principios significa que no se trata simplemente de normas vagas, sino que con ellas se plantea una tarea de optimización. Dicha

⁵⁸ *Ibidem*, p. 66.

⁵⁹ Alexy, *op. cit.*, 1993, p. 14; y *Teoría...*, 2007, p. 67.

tarea es, en cuanto a la forma, jurídica; en cuanto al fondo, sin embargo, es siempre también moral, a causa de su contenido moral.⁶⁰

En tanto dependientes de las posibilidades, los principios plantean una conexión entre los mandatos del derecho y los de la moral, que se concretizará mediante el recurso a su metodología de aplicación propia, la ponderación. De allí que la distinción entre reglas y principios se pueda identificar mejor en las “colisiones de principios y en los conflictos de reglas”,⁶¹ que muestran el núcleo del problema de la distinción. Pues derivado de su carácter estructural diferenciado, son también diferenciadas las contradicciones entre ellos. Hay contradicción, entiende, cuando dos normas aplicadas independientemente, llevan a resultados incompatibles, por tratarse de dos juicios de deber ser jurídico contradictorios. Los principios entran en tensión recíproca mientras que las reglas entran en conflicto.⁶² En éstos, la validez de alguna de las reglas en conflicto se ve amenazada, lo que no pasa en el caso de los principios.

Presenta dos formas distintas de solucionar dichas contradicciones: el conflicto entre reglas se resuelve al introducir a una de ellas una cláusula de excepción o al declarar la invalidez de una de ellas, expulsándola del ordenamiento jurídico, usando reglas como *lex posterior* o *lex general*, o remitiendo a “la importancia de las reglas en conflicto”.⁶³ En cambio, la colisión de principios se da cuando éstos entran en relación de oposición; ello sucede cuando según uno, algo está permitido, y según el otro lo mismo está prohibido. En estos casos, uno de ellos tiene que ceder ante el otro, sin que ello signifique declarar inválido al que cede, ni haberle introducido una excepción.⁶⁴

⁶⁰ Alexy, *op. cit.*, 1993, p. 15.

⁶¹ Alexy, *op. cit.*, *Teoría...*, 2007, p. 69.

⁶² *Ibidem*, pp. 69-70.

⁶³ *Ibid.*, p. 70.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 73.

Más bien lo que sucede es que, bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro. Bajo otras circunstancias, la pregunta acerca de cuál es el principio que prevalece puede ser solucionada de manera inversa. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en los casos concretos los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso.⁶⁵

Luego enuncia como ejemplos de solución de colisiones, las numerosas “ponderaciones de bienes”,⁶⁶ del Tribunal Constitucional Federal, en las que encuentra la estructura de las soluciones de colisiones, que resume en la “ley de la colisión”,⁶⁷ y la concepción del resultado de la ponderación como una norma adscrita de derecho fundamental (Alexy, 2007, p. 71), para las cuales, si se van a entender como normas de derecho fundamental, debe ser posible aducir una “fundamentación iusfundamental correcta”.⁶⁸

Desde la óptica de la argumentación, reglas y principios poseen distinto carácter *prima facie*, pues al ordenar “que algo debe ser realizado en la mayor medida posible, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y fácticas”,⁶⁹ los principios no contienen *mandatos definitivos* sino sólo *prima facie*.⁷⁰ De allí que el que un principio valga para un caso no significa que ello tenga validez como resultado definitivo; ellos presentan razones que pueden ser desplazadas por otras, no determinan cómo se resuelve la relación entre una razón y su opuesta, pues carecen de “contenido de determinación con respecto a los principios contrapuestos y las posibilidades fácticas”,⁷¹ mientras que las reglas sí.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 71-73.

⁶⁶ Alexy, *op. cit.*, *Teoría de la Argumentación...*, p. 71.

⁶⁷ Alexy, *op. cit.*, *Teoría de Los Derechos...*, 2007, p. 71.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 78.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 80.

⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ *Ibid.*

Considera erróneo el asumir que “todos los principios tienen un mismo carácter *prima facie* y todas las reglas un mismo carácter definitivo”,⁷² tal como lo percibe en el modelo “simple” de Dworkin, según el cual cuando las reglas tienen validez, son aplicables de una manera todo-o-nada, mientras que los principios “sólo contienen una razón que indica una dirección pero que no tiene como consecuencia necesariamente una determinada decisión”.⁷³ Considera que hace falta un modelo más diferenciado, dentro del cual hay que “mantener el diferente carácter *prima facie* de las reglas y los principios”.⁷⁴ Frente a las reglas, pues éstas pueden ser excepcionadas mediante un principio, lo que hará que pierdan su carácter definitivo, adquiriendo un carácter *prima facie*, “básicamente distinto del de los principios”.⁷⁵ Para desplazar la regla se necesita que un principio opuesto tenga mayor peso en el caso concreto, y se deben desplazar “los principios que establecen que deben cumplirse las reglas que son impuestas por una autoridad legitimada para ello y que no es posible apartarse sin fundamento de una práctica que proviene de la tradición”;⁷⁶ es decir, también hay que desplazar los principios *formales*.

Pero las reglas no tienen el mismo carácter *prima facie* de los principios, ni siquiera cuando su carácter definitivo ha sido debilitado; y el reforzar el carácter *prima facie* de los principios, “introduciendo una carga de argumentación en favor de determinados principios o determinados tipos de principios”,⁷⁷ tampoco permite que éstos tengan el mismo carácter *prima facie* de las reglas, siendo el carácter *prima facie* de ambas no equiparable.

⁷² *Ibid.*, p. 70.

⁷³ *Ibid.*, p. 80.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*, p. 81.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Ibid.*

Esto muestra, en su opinión, que reglas y principios son razones de distinto tipo; razones, siempre *prima facie* los principios, *definitivas* las reglas, salvo que se haya establecido una excepción. Y ambas, además, pueden ser tanto razones para la acción como “razones para normas”;⁷⁸ tanto reglas como principios pueden ser razones tanto para normas universales como para normas individuales (juicios concretos de deber ser jurídico).

En tanto razones, en el nivel constitucional son prevalentes los principios, pues las reglas son solo determinaciones de éstos. “Una decisión fundamental de un constituyente no puede ser otra cosa que una decisión a favor de un determinado principio o de determinados principios”.⁷⁹ Esto es muy problemático, pues quiere decir que los principios, además de ser entendidos como instrumentos normativos autónomos dentro del sistema jurídico, tienen la capacidad adicional de ser la fuente del resto de las normas, las reglas, que quedan así reducidas a ser meras concreciones de principios, lo que permitirá obviar las decisiones del constituyente o el legislador, y decidir a favor de los principios. Por lo mismo, y en el caso de todas las reglas que no contienen en su enunciado el principio que les sirve de fundamento, debería entenderse, al parecer, que el mismo está contenido en algún principio implícito.

Frente a la distinción entre principios y *policies*, sostiene que ambos tienen propiedades lógicas distintas, por lo que conviene distinguirlos, pues no es necesario vincular los principios únicamente con los derechos individuales sino también con bienes colectivos. Sin embargo, en toda la propuesta se puede ver cómo el autor asimila los principios con las directrices, especialmente al entenderlos como mandatos de optimización. Así lo da a entender, por ejemplo,

⁷⁸ *Ibid.*, p. 82.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 148.

cuando afirma que, detrás de una norma que establece un fin hay un principio que es idéntico al fin mismo.⁸⁰

Por otro lado, al distinguir entre principios escritos y no escritos, sostiene, respecto de los principios no derivables de enunciados del sistema jurídico, que se trata de normas “surgidas naturalmente”, y que, al poderse contraponer a las “creadas”, queda claro que los principios no requieren ser establecidos de forma explícita sino que pueden, también, ser “derivados de una tradición de expedición detallada de normas y, de decisiones judiciales que, por lo general, son expresión de concepciones difundidas acerca de cómo *debe ser* el derecho”.⁸¹

El punto crítico que merece ser resaltado es que, frente a las normas que establecen fines, y que pueden considerarse como directrices, cabe perfectamente la posibilidad de cumplimiento en más o en menos, es decir, optimizando o maximizando. Ello es mucho más discutible en materia de los principios distintos a las directrices, vinculados a derechos. Si se presta atención a la ponderación, se verá que siempre, como resultado de ella, y como criterio para resolver el caso que dio origen a la colisión de principios, aparece una regla que será aplicada en todo o nada al caso en cuestión,⁸² sin que quepa optimización o modalidad graduable de cumplimiento, ni en el procedimiento de ponderación entre principios, que da lugar, luego de establecidas las condiciones de precedencia condicionada de la ley de colisión,⁸³ a la regla que servirá de referente para resolver el caso, ni en la aplicación de la regla misma.

Adicionalmente, se hace relevante el tratamiento que el autor da a esta situación, pues muestra dos cosas: que hay un fin que el Estado persigue; y que hay un principio en el cual el Estado fundamenta

⁸⁰ *Ibid.*, p. 93.

⁸¹ *Ibid.*, p. 84.

⁸² Alexy, *op. cit.*, *Teoría...*, 2007, p. 75.

⁸³ *Ibidem*, p. 74.

la persecución de dicho fin. Esto plantea la cuestión de saber dónde encontrar sustento a la afirmación de que hay un principio idéntico al fin expresamente perseguido, y que es precisamente el que el Estado ha elegido para fundamentarlo. Pero, más allá de ello, el punto aquí importante es el abanico de cuestiones que deja abiertas: ¿es el principio que fundamenta un fin, en todos los casos, idéntico al fin de que se trata?, ¿esto hay que presuponerlo?, ¿su existencia exige una fundamentación iusfundamental correcta? o ¿al menos alguna fundamentación?

De allí que sólo queda concluir que cada norma constitucional que ordena la obtención de fines está fundamentadas en un principio idéntico al fin perseguido, con lo cual ya no hace falta hablar de normas que establecen fines, pues lo importante en ellas es que son equivalentes a principios; y, por ser principios/espejo de normas que establecen fines, es fácil utilizarlos como ejemplo de procesos de optimización de las necesidades fácticas, usando para ello los sub-principios de necesidad e idoneidad. Éstos, sin embargo, no parecen tan fácilmente utilizables cuando la colisión creada se presenta entre principios que no consagran fines, sino que establecen derechos fundamentales.

Es decir, bajo la óptica de esta propuesta, entendiendo los principios como mandatos de optimización, los únicos que podrían ser calificados como principios serían las directrices, o *policies*, pues dado que de la ponderación resultante de una colisión entre dos principios, se deriva una nueva regla que será la que hay que subsumir para resolver el caso, entonces no es cierto que los principios se cumplan de forma graduable, en más o en menos, tal como lo afirman críticamente los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero,⁸⁴ siendo sólo posible ello frente a las directrices. A lo sumo, se puede aceptar que los principios se cumplen a veces sí y a

⁸⁴ Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, 2004, p. 168.

veces no, tal como se deriva de la ponderación; pero esto ya no es gradualidad, ni maximización u optimización.

Al contrario, con esta teoría se proponen criterios de inaplicación puntual, caso a caso, de los principios, al menos de los que, según Dworkin son principios en sentido estricto, referidos a valores o a derechos individuales. En estos casos, tales principios no pueden cumplirse en más o en menos; se cumplen de forma definitiva, una vez establecida mediante ponderación la regla aplicable al caso, resultante de la colisión de principios, según esta misma propuesta.

De allí que lo que el autor llama optimización no pasa en este caso de ser la inaplicación de una disposición explícita y aplicable, a favor de la aplicación de un principio, no necesariamente explícito y sólo eventualmente aplicable, en tanto su aplicabilidad depende de la pre-comprensión que haga el aplicador sobre el problema jurídico a ser resuelto en la situación de tensión o conflicto de que se trate.

Lo dicho nos lleva a concluir que el concepto mismo de principio, como mandato de optimización, resulta problemático en el caso específico de los que Dworkin reconoce como principios en sentido estricto. De allí que se pueda afirmar que esta propuesta parece estar diseñada para su aplicación solo al caso de las *policies*.

Además, al aceptar que hay principios no expresos, lleva a la paradójica tesis de que hay elementos dentro de los sistemas jurídicos (los principios) que, siguiendo el concepto jurídico de validez (que es uno de los conceptos positivistas que acepta el autor) no están dentro del sistema, pero que siempre que se necesiten pueden ser traídos a éste y hacerseles funcionar como un elemento más dentro del mismo, siendo capaces de derrotar a los otros elementos, que sí hacen parte del sistema (las reglas, e incluso las constitucionales).

Así, al aceptar la existencia de principios no explícitos, es posible concluir que, primero, los principios son diferenciables de las disposiciones autoritativas establecidas de forma expresa en la Constitución; segundo, que, en virtud de ello, se trata en todo caso de

interpretaciones, y que, para llegar a ser tal cosa, es necesario que el intérprete u operador jurídico haga una de dos cosas:

- que le agregue interpretativamente, a la norma derivada de una disposición, una cláusula que la haga siempre derrotable frente a principios y valores contrapuestos que pueden tener mayor peso en el caso concreto.⁸⁵
- que, en caso de no haber disposición a interpretar, busque dentro de la tradición algún principio que ya, por no estar ligado a ninguna disposición, no requiera tal cláusula, y se haga aplicable directamente.

De esta forma queda claro que los principios no son elementos que integran el ordenamiento jurídico, sino que, en pos de aceptarlos, podría decirse que se trata de argumentos que admite la tradición jurídica o que son una forma de interpretar los contenidos de las disposiciones. Pero de entenderlos así, queda abierta la cuestión del por qué dichos argumentos poseen la fuerza jurídica suficiente para derrotar a los contenidos de las disposiciones constitucionales.

A partir de las definiciones anteriores, se deduce que el concepto de principio como mandato de optimización es algo que hay que suponer, puesto que esta teoría no ofrece razón o evidencia alguna para demostrar que los principios están, como elementos autónomos, dentro del sistema jurídico. No se puede olvidar que el principio como tal surge después del proceso interpretativo mediante el cual se agrega la cláusula que hace derrotable a la norma en cuestión, al agregarle la salvedad de que lo regulado funciona tal como está regulado, siempre que no precedan los principios o valores opuestos. De esta forma, entonces, aparece claro que la relativización respecto de las posibilidades jurídicas es algo que sólo aparece en escena una vez se ha interpretado la disposición en cuestión, o

⁸⁵ Alexy, *op. cit.*, *Teoría de los derechos...*, 2007, pp. 116-117.

incluso ninguna disposición en el caso de los principios implícitos, en el sentido de agregar tal cláusula que la convierte en principio.

Como se observa, la distinción estructural, que entiende el autor como la principal, posee muchas inconsistencias. Primero, por partir de un concepto de principio bastante problemático, el de mandato de optimización, que se ha mostrado cómo sólo es aplicable a las directrices, pero no lo es de forma tan sencilla cuando se trata de explicar los otros tipos de principios. Segundo, porque el carácter de la distinción que el autor denomina estructural no parece recaer precisamente sobre la estructura de la norma jurídica, sino en su forma de vinculación. Tercero, porque de lo anterior se deriva, en esta propuesta, la idea de que los conflictos entre principios son distintos a los de las reglas, y se resuelven también distinto, recurriendo a la ponderación. Cuarto, porque lo que se presenta como una necesidad derivada de una colisión entre principios, ponderar, resulta ser un requisito previo: los principios exigen ponderación porque en su misma definición exigen ser confrontados con principios y reglas opuestos. Y para enfrentar una solución normativamente establecida en disposiciones autoritativas, es requisito previo y necesario haber interpretado los hechos de manera que se plantee dicha necesidad de no aplicar directamente sino poner a competir la solución establecida con un principio contradictorio. Quinto, porque las distintas funciones argumentativas o justificativas que cumplen los principios y las reglas, según esta propuesta, depende directamente de interpretaciones previas sobre la ponderación.

IV. UNA GENUINA DISTINCIÓN ESTRUCTURAL Y SUS PROBLEMAS. MANUEL ATIENZA Y JUAN RUIZ MANERO

Por su parte, y en el ámbito hispanohablante, el trabajo de los profesores Atienza y Ruiz Manero es paradigmático, entre muchas otras, sobre la idea de principios. Para esta revisión se partirá de *“Las piezas del derecho”*, incluyendo en lo pertinente, otras obras relaciona-

das; su relevancia principal radica, especialmente, en su cuidadoso desarrollo de la distinción estructural entre principios y reglas jurídicas, y las críticas que han hecho a las propuestas antes revisadas.

Los principios jurídicos son, para estos autores, un tipo especial de enunciados jurídicos, con carácter normativo; que expresan normas. Entre éstos distinguen las reglas, de acción y de fin; y los principios, en sentido estricto y directrices o normas programáticas.

Para el análisis estructural de los principios, retoman el esquema de Alchourrón y Bulygin,⁸⁶ quienes definen las normas jurídicas como una estructura condicional que relaciona un caso, conjunto de propiedades, con una solución o calificación normativa de una determinada conducta, y analizan desde allí tanto los principios como las reglas. Sobre el concepto de principio, Ruiz Manero sostiene que:

[...] los principios en sentido estricto pueden ser vistos como normas categóricas (en el sentido de von Wright, esto es, que no establecen condiciones de aplicación distintas de las que se derivan de su contenido) que generan deberes meramente *prima facie*; si, en relación con un cierto caso, deseamos saber si ese deber *prima facie* deviene deber concluyente hemos de añadir al antecedente, constituido por la existencia de una posibilidad de realizar (u omitir) la acción modalizada deónticamente en el consecuente, una cláusula de “a menos que”: el deber *prima facie* deviene deber concluyente siempre que sobre el caso en cuestión no incida otro principio que tenga, en relación con él, un peso mayor y que, por ello, derrote, en relación con el caso, al principio bajo consideración. De esta forma, los principios en sentido estricto pueden ser vistos como normas hipotéticas (asimismo en el sentido de von Wright, esto es, que establecen condiciones de aplicación adicionales a aquellas que se derivan de su contenido) que generan deberes concluyentes. La diferencia con las reglas (que también establecen condiciones de aplicación adicionales a aquellas que se derivan de su contenido) es que, en el caso de las reglas, esas condiciones de aplicación están determinadas (o, lo que es lo mismo, se presentan, como preferíamos decir en

⁸⁶ Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1974.

Las piezas, en forma cerrada), mientras que en el caso de los principios en sentido estricto tales condiciones de aplicación están indeterminadas (o, lo que es lo mismo, se presentan, como preferíamos decir en Las Piezas, en forma abierta).⁸⁷

El hecho de que sus condiciones de aplicación estén configuradas de forma abierta, hace de los principios un tipo especial de norma en cuyo antecedente:

[...] no se contiene otra cosa sino que se dé una oportunidad de realizar la acción modalizada deónticamente en el consecuente. Y esta modalización deóntica no pretende, como en el caso de las reglas, ser concluyente, sino meramente *prima facie*, por la simple razón de que en muchas ocasiones en que se da la oportunidad de realizar la acción ordenada por un cierto principio, se da también la oportunidad de realizar la acción, incompatible con la anterior, ordenada por otro principio. Siendo así las cosas, los principios no pueden, por su propia configuración, eximir a sus destinatarios de la tarea de determinar si en unas determinadas condiciones o circunstancias lo ordenado por un cierto principio debe, o no, prevalecer sobre lo ordenado por otro principio que resulte concurrente.⁸⁸

Lo que significa que, a diferencia de las reglas, la deliberación aparece en este caso como ineludible, y por ello se tiene que recurrir a la ponderación judicial que permita formular una nueva regla que determine, esa sí con carácter concluyente, la prevalencia de un principio sobre otro en ciertas circunstancias determinadas. De allí concluyen que los principios en sentido estricto, las directrices y las reglas, siempre pueden entenderse como normas con la estructura condicional caso/solución. Sin embargo, a pesar de ello, se diferencian en la forma de configurar los casos. Las reglas configuran los casos de forma cerrada y los principios de manera abierta. En las reglas están definidas desde el enunciado normativo las condiciones de aplicación o caso y la solución; por su parte, en los principios

⁸⁷ Ruiz Manero, Juan, *Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca*, en *Doxa*, 2005, vol. 28.

⁸⁸ *Ibidem*.

las condiciones de aplicación se encuentran establecidas de forma abierta.

[...] mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas.⁸⁹

Dentro de los principios, las directrices configuran de forma abierta tanto las condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescrito.⁹⁰ Las directrices dejan

[...] abiertas sus condiciones de aplicación, ordenan –o permiten– procurar alcanzar un estado de cosas en la mayor medida posible. Las directrices se asemejan a las reglas de fin en que dejan abierta la configuración del modelo de conducta idóneo para lograr el estado de cosas ordenado, pero se diferencian de éstas en que tal estado de cosas aparece configurado asimismo de forma abierta (debe lograrse en la mayor medida posible, en conjunción con otros objetivos que también se ordena maximizar). Ello, naturalmente, implica que las directrices admiten modalidades graduables de cumplimiento.⁹¹

A su vez, las directrices se diferencian de los principios en sentido estricto en que éstos, una vez establecida la preferencia en caso de conflicto operan como las reglas, pues configuran de forma cerrada la conducta regulada o solución, mientras que las directrices lo hacen de forma abierta. De esta forma,

la distinción más importante es la que media entre principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas. Los primeros establecen que, salvo que en el caso de que se trate incida(n) otro(s) principio(s) que tengan un mayor peso, debe –o puede– seguirse un determinado modelo

⁸⁹ Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, 2004, p. 10.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*, p. 168.

de conducta que aparece configurado, al modo de las reglas de acción, de forma cerrada (lo que implica que, en los casos en que prevalece un determinado principio frente a otros eventualmente concurrentes, éste exige un cumplimiento pleno.⁹²

Además, las directrices no ordenan o prohíben acciones sino la consecución de algún objetivo; ello marca otra diferencia entre éstas y los principios en sentido estricto. La consecución del objetivo debe darse según su concurrencia con otros fines y objetivos; por tanto, ello sólo puede darse en la mayor medida posible, de forma graduable. De allí que frente a las directrices lo procedente no es la ponderación sino la articulación: "... a diferencia de lo que ocurre con los principios en sentido estricto, en la conducta gobernada por directrices no se trata de determinar la prevalencia de una u otra en relación con un determinado caso, sino de articular políticas capaces de lograr, en el mayor grado posible, la consecución conjunta de todos estos objetivos".⁹³

Por su parte, las reglas de fin, afirman, funcionan de forma semejante a las directrices, pues ordenan la obtención de fines, con la diferencia de que las reglas de fin regulan la consecución del fin propuesto de forma plena. Operan de forma distinta a las directrices, cuyo cumplimiento es graduable. "Lo que las reglas de fin no cierran es el modelo de conducta prescrito, pues ordenan simplemente el logro de un determinado estado de cosas, sin prejuzgar las acciones que constituyen medios idóneos para ello",⁹⁴ dejando en ocasiones a sus destinatarios un margen de discreción que no existe en el caso de las reglas de acción".⁹⁵

En conclusión, desde el enfoque estructural, los autores aceptan que reglas y principios comparten la misma estructura condicional,

⁹² *Ibidem.*

⁹³ Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, 1996, p. 11.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 167.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 8.

que es la de caso/solución; pero, simultáneamente son distintos, por la distinta forma en que los diversos tipos de enunciados normativos regulan los elementos dentro de dicha estructura.⁹⁶ Así sostienen que:

Desde el punto de vista estructural, todos ellos pueden reducirse a una forma condicional en la que el antecedente (supuesto de hecho, condiciones de aplicación o caso) está constituido por un determinado estado de cosas, y el consecuente (la consecuencia jurídica o solución normativa) lo integra una acción (en el caso de los principios en sentido estricto o en el de las reglas de acción) o bien un estado de cosas (si se trata de directrices o de reglas de fin) modalizados mediante operadores de mandato ... o bien mediante el operador facultativo.⁹⁷

En conclusión, los autores consideran que la diferencia entre reglas y principios radica, no en la estructura condicional en sí misma, que comparten, sino en la forma como los elementos funcionan dentro de ella, siendo lo más relevante, como factor de distinción, la manera en que está configurado el caso o antecedente. Y es especialmente importante, por la diferencia que plantean respecto de lo propuesto por Alexy, la distinción que proponen entre el modo de cumplimiento de las directrices, que es graduable, y el de los principios en sentido estricto, que sostienen es del tipo de todo-o-nada.

En conclusión, y según lo visto, para los profesores Atienza y Ruiz Manero existe tanto coincidencia como diferencia en el plano estructural entre reglas y principios. La coincidencia radica, para esta concepción, en que ambos tipos de enunciados pueden ser explicados remitiendo a una misma estructura: caso/solución, mediados por un operador deóntico; la diferencia principal radica en la manera cómo está regulado el caso en tales tipos de enunciado, estando abierto este elemento en los principios y cerrado en las reglas.

⁹⁶ Ruiz Manero, *op. cit.*, 2005.

⁹⁷ Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, 1996, p. 167.

Una revisión crítica de la estructura categorial propuesta permite observar algunas cuestiones relevantes, como: que el caso o las condiciones de aplicación se encuentren configuradas de forma abierta en todos los principios, significa que este tipo de enunciados no expresan las circunstancias, condiciones o actividades mediante las cuales, en el ordenamiento jurídico, se considera procedente el deber de activación de una solución o consecuencia jurídica; de lo que se deriva que una variedad de acciones y circunstancias no específicamente reguladas o determinadas como un supuesto de hecho, pueden dar lugar a la solución o consecuencia, en tanto la principal característica de los principios consiste en que en su antecedente no se contiene otra cosa sino “que haya una oportunidad de realizar la conducta ordenada en el consecuente”,⁹⁸ es decir, que carece de un antecedente normativo.

Por tanto, el carácter abierto del caso en los principios plantea un problema a la hora de determinar su aplicabilidad a las situaciones fácticas, de modo que éstos pueden eventualmente resultar aplicables a un número indeterminado de casos particulares y viceversa: dado un caso concreto será posible o no que un principio sea aplicable y que, además, concorra con otros principios o reglas también potencialmente aplicables al mismo. Este resultado es ya, por lo menos, problemático, en tanto implica que el operador jurídico tendrá, en los principios así definidos, una posibilidad de aplicación de consecuencias normativas a cualquier circunstancia que eventualmente encaje o pueda hacerlo, en el contenido del principio, sin que los destinatarios de dichas normas puedan saber de antemano el contenido de la conducta eventualmente obligatoria, prohibida o permitida. Ello parecería exigir una operación de complementación normativa que, en esta propuesta, queda directamente en manos del juez.

⁹⁸ Sobre este punto, se puede consultar: Ruiz Manero, 2005, p. 345; Atienza y Ruiz Manero, 1996; Atienza y Ruiz Manero, 2004

Por otra parte, los principios consagran una solución, una conducta regulada de forma cerrada (para los principios en sentido estricto) o un estado de cosas regulado de forma abierta (para las directrices). Y, en tanto esta acción o estado de cosas está deónticamente modalizado, se puede afirmar que se trata de una obligación, una prohibición o un permiso. De esta forma, los principios en sentido estricto, al configurar la solución de forma cerrada, no admiten modalidades graduables de cumplimiento, el cual debe darse de forma plena; al contrario de las directrices o mandatos de optimización que, para los autores y de acuerdo con Alexy, sí las admiten.

Lo anterior por el hecho de que las directrices se pueden cumplir en más o en menos, mientras que los principios en sentido estricto se cumplen de forma total.⁹⁹

Finalmente, es relevante presentar una idea hasta ahora no discutida, sobre la forma de identificar un principio jurídico. Ello, como se ha visto, tiene relación con su estructura, pero también con otro asunto: para que los principios puedan ser ponderados, es necesaria en esta propuesta, de forma similar a lo propuesto por Alexy, la inclusión de una cláusula adicional a lo contenido en el enunciado normativo autoritativo. Así, además de la caracterización estructural de los principios, al estar éstos definidos con sus condiciones de aplicación abiertas, se hace necesaria una interpretación que lleva a ponderar, pues tales normas no excluyen, sino que demandan, la deliberación. Ello parece implicar, el entender el principio no ya como una estructura sino como una norma (interpretada) dotada de una cláusula adicional, que no se suele encontrar expresamente regulada y supone una salvedad: “salvo que en el caso de que se trate incida(n) otro(s) principio(s) que tengan un mayor peso”.¹⁰⁰ Esto significa que, previa a la identificación estructural de una

⁹⁹ Atienza y Ruiz Manero, *op. cit.*, 1996, p. 10.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 168.

norma, que permitiera determinar si se trata de una regla o un principio, es necesario realizar una *interpretación* de la misma, para incluir dicha cláusula, según la cual es procedente la ponderación en todos los casos en los que incidan principios de mayor peso. Así, en cualquier situación de regulación jurídica, donde es posible que coexistan principios contrarios que puedan llegar a tener un peso mayor, habrá que determinar la necesidad de la ponderación y, a partir de ella, construir la solución del caso.

Como se observa, la comprensión de un enunciado normativo como un principio implica dos momentos: primero, hay un principio cuando estemos frente a un enunciado que configure de forma abierta sus condiciones de aplicación y establezca de forma cerrada una solución; ello significa que, estructuralmente, principio es una norma que sólo modaliza deónticamente una consecuencia jurídica sin establecer un supuesto de hecho.

Segundo, concebir un enunciado normativo como un principio, implica para los autores concebirlo como contenido de una cláusula no expresa, sino que deviene resultado de una cierta interpretación, que indique que, salvo mayor peso de otro(s) principio(s) concurrente(s) y contrario(s), debe aplicarse lo contenido en la consecuencia del principio en cuestión. De esta manera, entonces, esta segunda manera de concebir el principio ya no resulta ser estructural sino interpretativa, pues implica abordar la semántica del principio, al agregarle interpretativamente al enunciado normativo una hipótesis no contemplada en él y que cambia su contenido normativo, pues conlleva a determinarlo judicialmente mediante la ponderación.

V. CONCLUSIONES

Para finalizar, y adicional a las consideraciones críticas que se han ido introduciendo en cada apartado de este escrito, resulta importante retomar algunas de las razones por las cuales se puede afirmar

que, con base en los autores estudiados, la distinción estructural entre principios y reglas no se sostiene.

Por una parte, la propia idea de principios resulta problemática. En Dworkin, puesto que éste los entiende como el resultado que se deriva de una concepción del sistema que incluya tanto los elementos morales como los políticos del sistema social, y que integre además todas las reglas y precedentes jurídicos vigentes, así como lo que se puede esperar que se aplicarán en coherencia con el mismo.

La cuestión fundamental aquí, independientemente del hecho de que tales concepciones son *construcciones interpretativas* y, por tanto, dependientes de las habilidades intelectuales, morales y argumentativas del intérprete, es que en la medida en que los principios dependen de tales construcciones, entonces la afirmación de su diferencia estructural con las reglas, entendiendo por ésta una diferencia en los términos de su estructura lingüística o normativa, es imposible de sostener.

Una crítica adicional tiene que ver con la idea de Dworkin de que hay derechos preexistentes al sistema de normas de derecho positivo; frente a ello hay que reconocer que la teoría *política* o *moral* admite el reconocimiento de reclamaciones de derechos que no son demostrables, pero que pueden estar fundados en buenas razones. El terreno político y moral son precisamente los escenarios en que se da la lucha social entre ideologías y visiones de vida buena que se pretende sean implementadas como proyecto social. Y que de ello se derive que, “por consiguiente”, tales reclamaciones ofrecen principios capaces de regir (que pueden ser utilizados en) las decisiones jurídicas oficiales en los casos difíciles, es también aceptable, aunque no se vea la relación consecuencial entre lo uno y lo otro, pues no existe; se trata de una relación meramente contingente. Pero, sostener que de ello se derive algún tipo de deber de las autoridades decisoras para utilizar esos principios —o cualquier otra clase de fuente extrajurídica o no demostrable que pudiera ser aplicable a, o regir la, decisión— es totalmente cuestionable. Una vez más nos

encontramos con un uso falaz del discurso, que dice una cosa aparentando decir otra.

Desde la perspectiva de Alexy, el concepto de principio también presenta el problema de ser categorizado como parte de las normas que integran el sistema jurídico, pero siendo distintos de las reglas. Éstos poseen un componente sustantivo, que es moral y, adicionalmente, son distintos de los enunciados normativos autoritativamente establecidos. Con ello, se llega en esta propuesta a que los principios se *construyen interpretativamente*, bien sea a partir de enunciados autoritativos o no. Pero lo relevante es que los mismos son el resultado de un proceso de interpretación en el que se hace necesario agregar una cláusula que haga derrotable lo contenido en la regulación, al establecer su obligatoriedad como dependiente del resultado de su confrontación o pesaje con otros principios o valores opuestos. De esta manera, entonces, se hace imposible la distinción estructural, en los términos enunciados, pues el principio sólo aparece *después* del ejercicio interpretativo que le agrega dicha cláusula y lo torna en algo ponderable.

Por el lado de los profesores Atienza y Ruiz Manero, el análisis lleva a conclusiones semejantes a las hechas frente a Alexy. Ello, en la medida en que estos autores entienden que el principio exige agregarle una cláusula adicional que supone una salvedad, consistente en que lo regulado deviene aplicable salvo que, en el caso en cuestión, incidan otros principios con mayor peso. Con ello se llega a igual resultado: los principios sólo aparecen con *posterioridad* al proceso interpretativo. Por ello, los importantes aportes que en el terreno de la dimensión estructural realizan estos autores se debilitan pues sólo serán relevantes *después de construido interpretativamente el principio*, y con ello, la distinción estructural deviene como consecuencia de la interpretación, careciendo de autonomía.

Por otra parte, y como resultado de lo dicho, así como los principios son algo que se construye interpretativa y argumentativamente, bien a partir de enunciados normativos expresos o no, la distinción

estructural que nos ofrecen los distintos autores es *también* un producto de la construcción interpretativa y argumentativa. Con ello, entonces, queda sentado que, como elementos autónomos del sistema jurídico, los principios no son estructuralmente diferenciables de las reglas jurídicas.

VI. FUENTES

ALCHOURRÓN, Carlos E, and Bulygin, Eugenio, *Introducción a La Metodología de Las Ciencias Jurídicas Y Sociales*, Buenos Aires, Astrea de Rodolfo Depalma y hnos., 1974.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de estudios Constitucionales, 1993.

———, *Teoría de la argumentación jurídica*, Atienza, Manuel y Espejo, Isabel (eds.), 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

———, *Teoría de los derechos fundamentales*, Carlos Bernal Pulido (ed.), 2º ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

———, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

ATIENZA, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Las Piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996.

ATIENZA, Manuel, *El derecho como argumentación*, Barcelona, Ariel, 2006.

DWORKIN, R. M., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012.

DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1988.

———, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

———, *Los derechos en serio*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 1989.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “Neoconstitucionalismo, ponderaciones y respuestas más o menos correctas”, en *El derecho y sus circunstancias*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, pp. 169-206.

———, “Pidiendo el Principio. Dworkin y la teoría del derecho en serio”, en línea, disponible en: <www.garciamado.es>.

- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, 1994.
- MELERO DE LA TORRE, Mariano, *Dworkin y sus críticos*, Madrid, Tirant lo Blanch, 2012.
- RIPSTEIN, Arthur, "Dworkin", en *Ronald Dworkin*, 2007.
- RUIZ MANERO, Juan, "Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca," *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, 28 (2005), pp. 341-65.

LA SUBSUNCIÓN DE ALEXY Y LA PREGUNTA POR LA RACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN¹

RICARDO GARZÓN CÁRDENAS²

RESUMEN: Este trabajo analiza al detalle la argumentación de ROBERT ALEXY en virtud de la cual la subsunción resulta poco racional, por cuanto existe un método que lo es más, como es la ponderación. La hipótesis de trabajo es que una descripción imprecisa de la subsunción permite ambientar el debate sobre la racionalidad de la ponderación y, a la postre, declarar resuelto a su favor dicho debate. Esta descripción incorrecta, más el entendimiento erróneo de las nociones de justificación interna y justificación externa de JERZY WRÓBLEWSKI y poner desatinadamente a JÜRGEN HABERMAS como “crítico de la fórmula de la ponderación”, permitirá generar la impresión de la resolución del problema de la racionalidad de este método de aplicación de principios.

PALABRAS CLAVE: *Racionalidad, Ponderación, Subsunción, Robert Alexy.*

ABSTRACT: This paper analyzes in detail the argument of ROBERT ALEXY, in virtue of which the subsumption is not rational, since there is a method that is more, as is the balancing. The working hypothesis is that an imprecise description of the subsumption allows the debate on the rationality of the balancing to be ambitious and, at the end, to declare the debate in its favor resolved. This incorrect description, plus the misunderstanding of JERZY WRÓBLEWSKI's notions of internal justification and external justification and misplacing JÜRGEN HABERMAS as a “critic of the formula of balancing,” will generate the impression of solving the problem of rationality of this method of application of principles.

KEYWORDS: *Rationality, Balancing, Subsumption, Robert Alexy.*

¹ Este trabajo es parte del proyecto de investigación DER2016-74898-C2-1-R, “Conflictos de derechos, tipologías, razonamientos, decisiones”, del Ministerio de Economía y competitividad del Gobierno español.

² Abogado Universidad Externado de Colombia, Doctorando en Derecho de la Universidad de Buenos Aires e investigador de la Universidad de León (España).

SUMARIO: I. Las preguntas incorrectas y la ponderación. II. Los presupuestos del debate. III. Desnaturalizar y valerse de la justificación interna y la justificación externa. IV. Sobre Habermas y cómo dar por superado un debate que nunca se dio: la racionalidad de la fórmula de la ponderación. V. Alexy por Alexy: retroceso, contradicción y declarar resuelto el problema de la racionalidad de la ponderación. VI. La relevancia pragmática de tomarse en serio el problema de la racionalidad de la ponderación.

El objeto de la filosofía es la clarificación lógica de los pensamientos

LUDWIG WITTGENSTEIN

I. LAS PREGUNTAS INCORRECTAS Y LA PONDERACIÓN

Uno de los grandes referentes de la escena actual de la teoría del derecho es, sin duda alguna, ROBERT ALEXY. Él tiene algo que decir sobre todos los debates conceptuales que existen hoy en día y su cita se vuelve indispensable en temas como la tesis de la separación entre reglas y principio, la ponderación judicial, el raciocinio jurídico como forma especial de razonamiento práctico, etc. La teoría del derecho, en un buen sector, ha sido un apoyar, revisar o criticar a ALEXY. Dentro de este catálogo de debates, nos interesa centrarnos en la ponderación, pero más en particular, en la cuestión de la “racionalidad” de la ponderación.³

Si bien el asunto de la racionalidad de la ponderación ha sido discutido a muchos niveles y criticado por teóricos agudos como

³ Aunque se ha escrito mucho al respecto, dos trabajos son llamativos por la visión panorámica que aportan. El primero Carlos Bernal Pulido. “La racionalidad de la ponderación”, en Miguel Carbonell (coord.), *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, Externado, 2007, pp. 51 a 80. Un estudio más reciente y más extenso se puede encontrar en Jorge Alexander Portocarrero Quispe, *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

JÜRGEN HABERMAS,⁴ THOMAS ALEXANDER ALEINIKOFF⁵ y JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO,⁶ este trabajo pretende abordar un enfoque inexplorado de ese mismo debate: el trasfondo de la pregunta por la racionalidad de la ponderación. Dicho en otros términos, profundizamos en cómo elabora ALEXY sus planteamientos previos a esta pregunta. La hipótesis de trabajo, que esperamos se pueda ver confirmada por el lector al finalizar, es que la clave para facilitar el debate sobre la racionalidad de la ponderación es una descripción claramente desleal de la subsunción y sus posibilidades metodológicas en el derecho.

Antes de que el trabajo sea acusado de superficial o subjetivo, es bueno aclarar que la expresión “desleal”, o insincera, la utilizamos en un sentido más bien técnico, propio de la pragmática lingüística. Para JOHN LANGSHAW AUSTIN, hay unas condiciones objetivas de un acto de habla que ante su no cumplimiento devienen en abusos, la insinceridad es una de esas modalidades: cuando el hablante obra de una manera que pretende ser sincera, incluso en una descripción científica, pero no lo es.⁷ En el mismo sentido se refirió JOHN SEARLE, quien estableció un especial apartado de las condiciones de validez de un acto de habla a las “condiciones de sinceridad”.⁸

⁴ Ponemos a “Habermas” entre comillas porque, si bien está muy extendida la idea de que Habermas hizo una crítica a la racionalidad de la ponderación, la crítica de este autor no ha sido precisamente a la metodología de la ponderación, sino a la actividad del tribunal constitucional alemán. Mírese Jürgen Habermas, *Facticidad y validez*, Manuel Jiménez Redondo (trad.), Madrid, Trotta, 1998, p. 332.

⁵ Thomas Alexander Aleinikoff, “Constitutional Law in the age of balancing” en *Yale Law Journal*, n.º 96, 1987.

⁶ Mírese Juan Antonio García Amado, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en Ricardo García Manrique (ed.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 249 a 331.

⁷ John Langshaw Austin, *Cómo hacer cosas con palabras: palabras y acciones*, Barcelona, Paidós, 1982.

⁸ John Searle, *Actos de habla*, Madrid, Cátedra, 2001.

Con esta hipótesis general —y los presupuestos conceptuales aludidos— es necesario hacer claridad en la metodología que recorre este escrito: es un estudio focalizado en unas afirmaciones encadenadas en fragmentos de texto bastante cortos. Por esto, el lector se debe preparar para un análisis en cámara lenta, pues un renglón de las expresiones que aquí estudiaremos requiere una disección que puede llevar a varios párrafos de análisis. En el mismo sentido, para evitar que el lector sucumba en los vericuetos propios de la fuente bajo estudio, se encontrarán muchas expresiones destacadas en cursiva, como si se tratara de chinchetas de colores sobre el mapa de un territorio que deseamos conocer al detalle y no perdernos en él. Cuando las cursivas pertenezcan a la cita textual, se hará expresa mención de ello.

Es en este tenor que nos proponemos evidenciar los abusos lingüísticos con los que ALEXY convierte a la subsunción en algo que no es, para abrirle paso a la posibilidad de un *método racional alternativo*, conocido como ponderación. Esta estrategia ha sido óptima para entretener a sus críticos analíticos, quienes no logran verificar esas lógicas alternativas que le dan la condición de racionalidad a la ponderación, en los términos que plantea ALEXY. Esto genera una distancia, una profunda incomunicación entre analíticos y alexianos. Esta distancia crea la percepción entre los destinatarios de estos debates de que hay un choque entre dos concepciones del derecho y dos concepciones de la lógica, cuando es solo lo primero. No cabe la menor duda que hay dos concepciones del derecho en pugna y que los criterios de validez de ambas ideas son radicalmente distintos. No obstante, el lenguaje que ALEXY suele utilizar, con sus pretensiones logicistas, le hace pensar a la comunidad académica que también hay un choque entre concepciones de la lógica.

Este problema se agrava cuando estos debates llegan ya empacados para el consumo directo por parte de los operadores jurídicos, quienes pueden llegar a creer que mientras ponderan están haciendo un ejercicio racional, con los ingredientes adicionales de poder ser más discrecionales y legitimar sus argumentaciones como resultado de aplicación

de lógicas rigurosas. Así, en esta línea, como se trata de opciones, pues tonto (por irracional, obviamente) sería el juez que no escogiera la ponderación de ALEXY. Entremos en materia.

En el texto *On Balancing and Subsuntion. A Structural Comparison*⁹ ALEXY describe la esperada explicación de las diferencias entre subsunción y ponderación. Es curioso, nada más para empezar a anotar aspectos en apariencia superficiales, que en esa comparación “estructural” solo hable de subsunción las primeras tres páginas y las otras 18 hable de ponderación. En esta segunda parte, repite su explicación de la ley de la ponderación, el desarrollo de los sub principios de necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto y trae a colación dos casos decididos por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, *Titanic*¹⁰ y *Tobacco*,¹¹ para demostrar cómo “en la práctica” sus proposiciones analíticas son comprobables.

Lo más interesante de este texto no es lo que dice, que en esencia es lo mismo que ha dicho muchas veces, sino lo que no dice. Al hablar, así sea muy poco, de lo que entiende por subsunción, empieza a tener sentido el sinsentido del discurso de ALEXY. El (sin)sentido es el siguiente enunciado condicional: dado que la subsunción no es un método *plenamente* racional, se necesita un método *más* racional, que es la ponderación. ALEXY ha puesto todo su empeño para que se debata la consecuencia de dicho enunciado, mas no su supuesto. Es decir, espera que demos por fundamentada la tesis de la irracio-

⁹ En *Ratio Iuris, An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 16, n.º 4, diciembre de 2003, pp. 433 a 449. Para contrastación de las citas realizadas en el presente trabajo, se utilizará el texto: Robert Alexy, “De la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, Luis Felipe Vergara Peña (trad.), en Eduardo Montealegre Lynett, Nathalia Bautista Pizarro y Luis Felipe Vergara Peña (comps.), *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Externado, 2014, pp. 29 a 62.

¹⁰ BVerfGE vol. 86, 1 (11).

¹¹ BVerfGE vol. 95, 179.

nalidad de la subsunción, para abrir el debate sobre la racionalidad de la ponderación.

¿Por qué no es racional la ponderación?, nos pregunta ALEXY. La respuesta más obvia tendería a una circularidad: no es racional, porque no es un método racional. Pero este no es un defecto de la respuesta, sino de la pregunta. Una pregunta de este tipo traslada al oyente la necesidad de dar un fundamentación de algo que no le corresponde, pues quien afirma algo es quien debe demostrarlo, si le interesa convencernos, por supuesto. No obstante, como ya son muchas las objeciones lógicas que se le han realizado a la ponderación, la respuesta de Alexy a todas estas críticas será una misma: la ponderación obedece a *otra lógica*.

Ahora bien, si se piensa que uno de los conceptos que mayor desarrollo lógico ha tenido es precisamente el de la subsunción,¹² habría que preguntarle a ALEXY ¿por qué no es racional la subsunción? Por el título del texto en comento, pareciera que va a resolver la duda, pero en realidad finge dar esa respuesta para considerar, a partir de allí, que el terreno donde se mueve la controversia teórica es el de la racionalidad de la ponderación. Una vez es definido así el debate, pareciera que hay unos partidarios de la “vieja racionalidad” y otros abiertos a una “nueva racionalidad”. En esta explicación, en estas tres páginas, aparecen esas claves. Profundicemos más.

II. LOS PRESUPUESTOS DEL DEBATE SOBRE LA RACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN

Llamamos presupuestos a una serie de afirmaciones encadenadas que ALEXY da por sustentadas. Las analizaremos por separado. La primera: *hay* dos operaciones para la aplicación de las normas: la

¹² Mírese Rafael Hernández Marín, *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

subsunción y la ponderación.¹³ Ese “hay” implica una afirmación empírica cuya validez dependerá de que en la realidad se presenten ese estado de cosas a las que él se refiere. Esta particular afirmación ha sido controvertida por GARCÍA AMADO, quien muestra que los casos utilizados por ALEXY, con el propósito de demostrar la vigencia efectiva de la ponderación como método de aplicación del derecho, son situaciones donde lo que se evidencia, en realidad, es la materialización de subsunciones.¹⁴

La segunda afirmación es la siguiente: “la racionalidad de la subsunción de un caso bajo una regla *también* ha sido disputada”.¹⁵ Esta afirmación es del todo obvia, por lo menos en el plano epistemológico. Cualquier teoría que quiera dar cuenta de algún estado de cosas en el mundo está, y estará sometida a la criba científica; lo contrario, la indiscutibilidad de la teoría, desplazaría la proposición del mundo de la ciencia a uno más monolítico como el de la teología. Sin embargo, las obviedades a veces se deben estudiar con alguna reserva, por la orientación discursiva que pueden traslucir: a nadie debe extrañar que algunos se pregunten si la ponderación es racional, porque esto *también* ha ocurrido con la subsunción. Recordemos que el término subsunción lo usa ALEXY como sinónimo de “proceso mental”, es decir, lo que ha sido disputado es que *ese* proceso mental sea racional. Prestar atención a este punto es crucial de cara a la siguiente afirmación.

La tercera afirmación es que *hay* una fórmula de subsunción. Aquí hay una variación de propiedades del término subsunción, en

¹³ Alexy, *op. cit.*, p. 41.

¹⁴ García Amado, *op. cit.* Un desarrollo práctico del planteamiento del autor, también se puede ver en García Amado, “¿Ponderación o simples subsunciones? Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional del 25 de abril de 2007”, en *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Bogotá, Externado, 2010, pp. 249 a 261.

¹⁵ Alexy, *op. cit.*, p. 41.

una evidente ruptura del principio lógico de identidad.¹⁶ El mismo término en el discurso de ALEXY pasa de ser un proceso mental (una realidad empírica que puede existir o no dependiendo de sus condiciones de verificación) a ser una fórmula que describe ese proceso mental (una proposición analítica, correcta o incorrecta desde el punto de vista lógico). Bastará realizar una errada –o tergiversada– descripción lógica de ese proceso para afirmar por parte de este autor que este desarrollo no cumple con requisitos de racionalidad.

Al mismo tiempo, con esta rotulación de “fórmula” a la subsunción, ambienta un giro retórico verificable más adelante: le da una condición de igualdad, en el sentido de intercambiabilidad o alternatividad, con la “fórmula de la ponderación”. Luego, bastará hablar de una *mejor* racionalidad de la ponderación, para desacreditar por irracional a la subsunción.

A continuación, ALEXY hace una descripción y ejemplificación en especial confusas de la subsunción y luego afirma que hay dos razones para establecer que la aplicación de la ley no se agota en las deducciones y que le dan a la “fórmula de la subsunción un carácter rudimentario”:¹⁷ el problema de la precedencia y, en sus palabras, el problema de la estructura de la deducción misma.

Para este autor, existe el *problema de la precedencia* porque “*siempre* se puede aplicar otra norma que conduzca a una solución diferente”.¹⁸ Sorprende cómo se le puede poner un nombre conceptual tan pretencioso a semejante obviedad. Lo que no sorprende, pues ya nos vamos acostumbrando a verificar los giros retóricos alexianos, es lo que afirma en seguida, que le da sentido a la oración: cuando esto sucede *no es necesario* ponderar.¹⁹ Lo anterior, en lógica modal,

¹⁶ Este principio lógico implica que toda entidad es idéntica a sí misma. Esto, en la práctica, comporta que no es admisible la variación de las propiedades de la cosa a la que me refiero, mientras hablo sobre ella.

¹⁷ Alexy, *op. cit.*, p. 43.

¹⁸ *Ibid.*, p. 42.

¹⁹ *Idem.*

quiere decir que *es posible* ponderar. Sabemos que en la traducción deóntica de esta proposición, llevada a la decisión judicial, es lo mismo que afirmar que el juez tiene *permitido* ponderar.²⁰ Esto es lo mismo que sostener que en todo caso es permitido ponderar, porque *siempre* aparecerá la posibilidad de que el juez haya tomado una decisión distinta, por haberse basado en una norma, a su vez, distinta. ALEXY asimila, de manera artificial, subsunción con formalismo interpretativo. Sugiere que detrás de una operación de subsunción existe la creencia de que todo caso presupone una norma perfectamente aplicable a éste. Este sesgo ideológico, tan típico del positivismo decimonónico,²¹ no tiene nada que ver con la subsunción misma. Con esta confusión, atribuyéndole unas características falsas a la subsunción, generó la autorización judicial de ponderar, sin haber dado una sola razón válida sobre la irracionalidad de la subsunción y de la racionalidad de la ponderación.

Para seguir con el mismo asunto, en el caso de la precedencia, dice que es posible aplicar algunas *meta-reglas*,²² criterios de superación de antinomias en el lenguaje clásico. En este caso, sería una especie de subsunción, una *meta-subsunción*. Como ésta se presenta, en palabras de ALEXY, en un segundo nivel, se podrían verificar conflictos resueltos mediante subsunción o mediante ponderación,

²⁰ Para la relación entre lógica modal y lógica deóntica, mírese, en particular el capítulo II “Preliminares lógicas: la lógica de cambio”, G. Henrik von Wright, *Norma y acción*, Pedro García Ferrero (trad.), Madrid, Tecnos, 1970.

²¹ Esta curiosa conexión ha sido mostrada por García Amado, en la medida que tanto exégesis como ponderación tienen exactamente los mismos presupuestos formales y la tesis de la negación de la discrecionalidad judicial, con la diferencia que en el primer caso la sabiduría estaba supuesta en el legislador y en el segundo caso en el juez. Mírese Juan Antonio García Amado, “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, en *Berbiquí, Revista del Colegio de Jueces y Fiscales de Antioquia*, n.º 30, noviembre de 2005, pp. 14 a 38.

²² Alexy refiere como meta-reglas a los criterios de superioridad (*lex superior derogat legi inferiori*), posterioridad (*lex posterior derogat legi priori*) y especialidad (*lex specialis derogat legi generali*).

pero eso “presupone una subsunción en el primer nivel que, de un modo u otro, debe exhibir una estructura deductiva”.²³ Esta pareciera ser una concesión importante a las concepciones analíticas de la teoría del derecho pero, de nuevo, esa alusión es insincera, pues afirma a continuación:

La “fórmula de la subsunción” es un intento de formalizar esta estructura deductiva por medio de la lógica estándar. La cuestión acerca de si la lógica estándar debe ser modificada a la luz del hecho de que, para la resolución de los conflictos, la subsunción, en el primer nivel, no tiene la última palabra, permanece aquí abierta.²⁴

Así, como por arte de magia, nace una *lógica no estándar* que es posible para establecer *estructuras deductivas no estándar*: por la puerta de atrás trae una lógica no explicitada que le dará la apariencia racional a la ponderación.

Así ascendemos al mundo ideal modelado por ALEXY, en el que se debe modificar la lógica, el parámetro principal de racionalidad en el lenguaje, nada menos, para dar cuenta del proceso que él anuncia como existente. La incorrección del planteamiento llega a la parodia: decir que un proceso es lógico, pero no en el sentido lógico del término, sino en un sentido lógico distinto.

III. DESNATURALIZAR Y VALERSE DE LA JUSTIFICACIÓN INTERNA Y LA JUSTIFICACIÓN EXTERNA

Las afirmaciones que se han analizado con antelación pueden ser inocentes defectos de construcción conceptual, no necesariamente cabe la acusación de mala fe; no así sucede con el uso que ALEXY hace de la famosa –y muy incorporada a las categorías actuales–

²³ Alexy, *op. cit.*, p. 42.

²⁴ *Idem.*

distinción entre justificación interna y justificación externa de la decisión judicial de JERZY WRÓBLEWSKI.²⁵

Alexy cita a Wróblewski en sus división justificativa de la decisión judicial: a) Justificación interna: que implica la relación deductiva entre premisas de un juicio jurídico, de la que se ocupa la subsunción; b) Justificación externa, que repara en la justificación de las premisas utilizadas en la justificación interna. Es importante hacer hincapié que la cita de Alexy no es con ocasión de criticar la distinción, sino de apoyarse en ella. Luego, desliza esta expresión respecto de la justificación externa: “es aquí donde pueden esgrimirse todos los tipos de argumentos admisibles en el discurso jurídico”.²⁶ En esta cita, si bien no ha dicho algo del todo incorrecto, bajo el supuesto que el auditorio entiende lo mismo por “discurso jurídico”, prepara al lector para una serie encadenada de afirmaciones falsas, que va disparando en el mismo párrafo. Veámoslas por separado, aclarando que no se ha omitido ni una coma; es decir, que las afirmaciones, que estudiaremos de manera independiente, en el texto inicial van unidas por un punto seguido.

Afirmación 1: “Se podría objetar que esta concepción de la subsunción de dos etapas es artificial y, por tanto, innecesaria, sobre la base de que a todas las decisiones sustanciales se llega sobre la justificación externa”.²⁷

Esto ya es un engaño deliberado, con dos componentes: a) Se contradice en el dicho según el cual la subsunción tiene dos etapas, pues él mismo la ha ubicado conceptualmente sólo en la justificación interna; b) Sugiere que algún papel debería tener la subsunción en la justificación externa, lo que contradice aquella aseveración de

²⁵ Jerzy Wróblewski, “Legal syllogism and rationality of judicial decision”, en *Rechtstheorie*, n.º 1, 1974, pp. 33 a 46.

²⁶ Alexy, *op. cit.*, p. 43.

²⁷ *Idem.*

que la subsunción no dice nada de las premisas, solo se refiere a la relación entre la decisión y éstas.

Afirmación 2: “El aparato deductivo de la justificación interna puede descartarse por ser puramente formalista. Esto sería, sin embargo, un tosco desprecio del poder racional de las estructuras formales”.

Esta afirmación, en apariencia sencilla, tiene fuertes implicaciones en lo que vendrá luego.

Como es evidente, no podemos estar más de acuerdo en decir que descartar el aparato deductivo es un desprecio por la racionalidad de las estructuras formales y que eso no es una buena cosa. Pero aquí, de nuevo, hay que observar con mucho detenimiento. Tras esta aparente caridad hacia el aparato deductivo está implicada una confusión entre la subsunción como proceso y la subsunción como modelo de explicación lógica de ese proceso. Esta confusión es problemática cuando la explicación lógica del proceso que hace ALEXY cofunde, a su vez, como se mostró con el “problema de la precedencia”, formalismo interpretativo, que no es más que un supuesto equivocado de un operador jurídico producto de una preferencia ideológica formalista, con la operación mental que debe hacer cualquiera que esté ante la necesidad de leer una norma y llevarla a su aplicación práctica.

ALEXY desconoce que la subsunción como proceso, no es *formal* sino *formalizabile*, en el sentido que existe un parámetro formal que permite establecer cuándo una operación mental de aplicación de la ley fue equivocada y cuándo no. Dicho en otras palabras, es la manera para establecer si es verdad que la decisión que tomó un juez estaba justificada internamente, en el sentido que en efecto conectó de manera lógica las premisas normativas con su conclusión. Ese parámetro, ese sí formal, es el que ha estudiado la teoría del derecho, en particular la de corte analítico, bajo el nombre de subsunción.

Afirmación 3: “La fórmula de la subsunción muestra ambos aspectos de la subsunción, a saber, el tipo de premisas que son necesarias para justificar un juicio legal, y la manera como estas pueden relacionarse mutuamente”.²⁸

En los mismos términos a los antes expuestos, al atribuirle a la subsunción una propiedad falsa, que define *el tipo de premisas que son necesarias para justificar un juicio legal*, condena dicha definición al error. La persistencia de aquel equívoco es una forma de preparar el terreno para otras afirmaciones tendientes a una irracionalidad de la subsunción.

Afirmación 4: “Con esto se incorpora un esqueleto de toma y dame de la argumentación legal que define al *mismo tiempo* los *mínimos* requisitos de *racionalidad* así como los puntos de partida para cualquier intento de alcanzar –en el contexto de la justificación externa– un nivel de *racionalidad mayor* que el definido por estos requerimientos *mínimos*”.²⁹

Aquí lo que en principio se podía considerar un equívoco conceptual respecto a la diferenciación entre justificación interna y justificación externa, se ha vuelto una mentira: que la subsunción pretende dar mínimos de racionalidad en la justificación externa.³⁰ Esta falsedad desnuda la pretensión persuasiva de ALEXY a favor de la ponderación: volver la racionalidad de la aplicación del derecho una cuestión de grados, donde la subsunción debe entrar en desuso pues, si bien no del todo irracional, es superada por un método con una *racionalidad mayor*. Así, ALEXY no critica la subsunción, sino

²⁸ *Idem.*

²⁹ *Idem.*

³⁰ Clara es a este respecto Iturralde Sesma, quien afirma: “dicho modelo lógico hay que entenderlo únicamente como justificación interna de la decisión, en otras palabras, como esquema de control de la validez formal de la inferencia (en tanto que es un esquema lógico)”. Victoria Iturralde Sesma, “Sobre el silogismo judicial”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, 1991, p. 268.

que la falsifica para mostrarla como una alternativa posible, pero inconveniente.

IV. SOBRE HABERMAS Y CÓMO DAR POR SUPERADO UN DEBATE QUE NUNCA SE DIO: LA RACIONALIDAD DE LA FÓRMULA DE LA PONDERACIÓN

Con lo dicho en líneas anteriores, ALEXY puede pasar con comodidad a hablar de la racionalidad de la ponderación, una “cuestión de *genuino* interés práctico”.³¹ Según el autor alemán, respecto a la ponderación existe una aceptación en la práctica y un escepticismo en la teoría. La aceptación en la práctica deviene de una necesidad propia del Estado constitucional. Llega a esta conclusión al encadenar las siguientes afirmaciones, que dejaremos apenas planteadas, pues no constituyen el objeto central de este trabajo y algunas, las que merecerían algún comentario, ya fueron tratadas:

1. *Existen* muchos casos que pueden resolverse simplemente por medio la subsunción.
2. Los casos difíciles *son* aquellos en los que hay razones a favor y en contra de cualquier consideración.
3. Si la Constitución garantiza derechos constitucionales, las decisiones jurídicas que restringen la libertad *deben entenderse* como interferencias en los derechos constitucionales.
4. Tales interferencias *son* admisibles si están justificadas.
5. Están justificadas *solo si* son proporcionales.
6. Los juicios de proporcionalidad *presuponen* una ponderación.

Lo que nos interesa en este lugar es que tras este encadenamiento de afirmaciones, que va de los juicios descriptivos hacia los valorativos, no se explica ALEXY cómo halla escepticismo respecto a

³¹ Alexy, *op. cit.*, p. 44.

la racionalidad de la ponderación, pues es un hecho que muchos tribunales –como el constitucional federal alemán– han acogido esta herramienta.

En el campo del escepticismo de la teoría ubica la críticas de HABERMAS y BERNHARD SCHLINK. Transcribimos la cita que él hace de HABERMAS, pues con ella es que dialoga: “Dado que no existen estándares racionales para esto, el acto de sopesar tiene lugar de manera arbitraria o irreflexiva de acuerdo con jerarquías y estándares consuetudinarios”.³² ALEXY afirma que estas críticas serían ciertas “si no hubiera una estructura que hiciera posible construir la ponderación como una forma racional de argumentación”.³³ Así, descamina su “comparación estructural” hacia la exclusiva descripción de la “ley de la ponderación”, como desarrollo del principio de proporcionalidad, mediante los pasos implicados en la aplicación de los sub principios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. No ahondaremos en demasía en la descripción de estos pasos, ni en el análisis de los casos *Titanic* y *Tobacco*, que él utiliza para demostrar la aplicación de la ponderación “en la práctica”, pues esto ha sido más que abordado en múltiples trabajos tanto de optimistas como escépticos a la ponderación.³⁴ Bástenos destacar que él afirma que

si no fuera posible hacer juicios racionales [entiéndase sobre lo implicado en los sub principios], entonces la objeción de HABERMAS

³² Esta es cita textual de la traducción al castellano, referenciada con antelación, del texto de Alexy. De todas maneras, más clara es la traducción directa al texto de Habermas: “Y porque para ello [la posibilidad de un orden entre los valores] faltan criterios racionales, la ponderación o sopesamiento de valores se efectúa, o bien de forma discrecional o arbitraria, o bien de forma no reflexiva, es decir, conforme a estándares o jerarquías a los que se está acostumbrado”. Habermas, *op. cit.*, p. 332.

³³ Alexy, *op. cit.*, p. 44.

³⁴ Los casos propuestos por Alexy han sido tomados también por optimistas de la ponderación para la justificación de su racionalidad. Mírese: Manuel Atienza. “A vueltas con la ponderación”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 44, 2010, pp. 43 a 59.

y SCHLINK estaría justificada. Todo gira, entonces, en torno a la posibilidad de realizar dichos juicios.³⁵

ALEXY nos sigue teniendo en vilo respecto a la respuesta a la pregunta central de la racionalidad de la ponderación. Se cuestiona:

¿Cómo se podría mostrar que son posibles los juicios racionales sobre la intensidad de la interferencia y de los grados de importancia [de los principios] de tal forma que su resultado pueda ser racionalmente establecido mediante la ponderación? Un método posible es el análisis de ejemplos.³⁶

Lo que nos anuncia es que el problema de la racionalidad de la ponderación, entiéndase la fórmula, no la va a sustentar mediante la demostración de su consistencia conceptual y lógica, sino con la exposición de la evidencia de casos de esa acción racional. ALEXY espera que asumamos una presunción no rebatible: como los jueces son racionales, los del constitucional alemán en términos específicos, pues todas las decisiones que toman y la manera como argumentan, son racionales.³⁷

Lo anterior podría parecer un tratamiento poco caritativo de las palabras del profesor alemán pero luego, páginas después, aparece una cita que confirma nuestra intuición. Dice, con ocasión del caso de la revista satírica *Titanic*, que al Tribunal le era menester *presuponer* ciertos estándares que no pueden encontrarse en la ley de la ponderación. Condenar a esta revista a pagar una indemnización por haberse burlado, por vía de una caricatura, de un parapléjico con la expresión “tullido”, es una interferencia de la libertad de expresión que implica algunas *suposiciones* respecto a lo que comporta

³⁵ Alexy, *op. cit.*, p. 45.

³⁶ *Idem.*

³⁷ Este recurso retórico es, de hecho, muy común en la obra de Alexy, donde la pregunta de la adecuada inteligencia de los conceptos se responde mostrando la manera como los jueces los aplican, lo que implica una evidente renuncia a la crítica conceptual de la actividad jurisprudencial.

la libertad de expresión y el hecho de ser una persona con dignidad. Pero esto no implica darle la razón a las palabras de HABERMAS

según las cuales ‘la ponderación tiene lugar de modo arbitrario o de modo irreflexivo, de acuerdo con jerarquías y estándares consuetudinarios’. Las asunciones y juicios subyacentes acerca de la intensidad de la interferencia y del grado de importancia *no son arbitrarios. Hay razones para ello que son enteramente comprensibles*. La afirmación de que el Tribunal Constitucional Federal hace estas asunciones ‘de forma irreflexiva de acuerdo con estándares y jerarquías consuetudinarias’ es cuestionable.³⁸

Esta cita implica una gran complejidad, que nos demanda un análisis concienzudo. Lo más protuberante, empezando por el final de la cita, es que ALEXY considera que un ejemplo de una acción, considerada *a priori* racional, puede constituir un patrón de racionalidad. Según ALEXY, HABERMAS debe entender que lo que hace el tribunal constitucional federal es algo *per se* racional, que no se equivoca y que sus decisiones son un modelo en todo caso para cualquier pretensión de aplicación correcta del derecho. Él supone que el libre albedrío de los magistrados no existe, que no pueden, hipotéticamente desde luego, elegir acciones moral o jurídicamente incorrectas, sea por debilidad ética o falta de conocimiento sobre la cuestión que se somete a su consideración. Esta reverencia a la autoridad, una falacia *ad verecundiam* de manual,³⁹ esconde quizá un defecto de naturaleza argumental más censurable: tergiversa por completo a HABERMAS, al descontextualizar sus palabras.

ALEXY no da cuenta al lector de que esa cita es tomada de una crítica general que hace HABERMAS a una práctica del Tribunal Constitucional alemán de auto comprensión me-

³⁸ Alexy, *op. cit.*, p. 49.

³⁹ Una amplia explicación a este tipo de falacia y su interrelación con otro tipo de argumentos defectuosos, se puede mirar en Charles Leonard Hamblin, *Falacias*, Hubert Marraud (trad.), Lima, Palestra, 2016.

todo lógica de los jueces, fundamentada en una teoría de los valores. Este filósofo no se está refiriendo a la versión alexiana de la “fórmula de la ponderación”. Habla de un aspecto distinto, pues sostiene que no hay legitimidad de los jueces para aplicar un orden concreto de valores, así ellos entiendan la Constitución como tal cosa. Esto porque hay una naturaleza y condiciones de validez diferentes entre valores y normas: los valores se mueven en la órbita de lo preferible, que admite escalas; mientras que las normas se mueven en el código binario obligatorio/no obligatorio. Esta diferencia estructural no se resuelve alegando que los jueces balancean entre valores, pues cualquier estándar de evaluación de esos valores será la aplicación de la escala particular de valores del decisor o la realización de los estándares de estimación acostumbrados. Ninguna de las dos cosas es racional.⁴⁰

La respuesta de ALEXY a la objeción de HABERMAS no solo revela una incorrección lógica, sino una desinformación total de la obra que él mismo está citando. Es claro que la crítica de HABERMAS se dirige a la práctica jurisprudencial, la misma práctica que ALEXY espera sea la que compruebe la validez racional de su fórmula “ante la crítica de HABERMAS”.

Por último, es necesario decir que hay una circularidad bastante evidente en la afirmación, que dejamos destacada en *itálicas*, según la cual los juicios de intensidad de la interferencia no son arbitrarios, porque hay razones para ello. La circularidad es bastante fácil de ubicar pues, por definición, lo arbitrario es lo contrario de lo razonable. De tal manera, decir que algo no es arbitrario porque es razonable es una definición circular o, mejor dicho, una no definición con pretensión puramente persuasiva. Un argumento falaz que pretende que

⁴⁰ Habermas, *op. cit.*, pp. 326 a 340.

demos por razonable la ponderación, sin que ALEXY nos diga el porqué.

V. ALEXY POR ALEXY: RETROCESO, CONTRADICCIÓN Y DECLARAR RESUELTO EL PROBLEMA DE LA RACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN

Tras un extenuante camino de fórmulas aritméticas, pesos abstractos, instrucciones de asignación de peso concreto a principios, establecimiento de grados de interferencia, muchos números, etc., ALEXY hace una afirmación sorprendente al final del trabajo: que la estructura formal de la ponderación es similar a la de la subsunción, pues “en ambos casos puede identificarse un grupo de premisas a partir del cual puede inferirse un resultado”.⁴¹ Se puede entender que la sugerencia de ALEXY es que si subsunción y ponderación permiten identificar un grupo de premisas (justificación externa) a partir de las cuales puede inferirse un resultado (justificación interna), ambos métodos se convierten en mecanismos duales, interna-externa, de justificación.

Pero la frase contigua nos confunde ante la conclusión que pareciera emerger de la anterior: “Ni la fórmula de subsunción, ni la fórmula de peso contribuyen de alguna manera y de forma directa en la justificación del contenido de las premisas. En esa medida, ambas fórmulas son completamente formales”.⁴² Recordemos que lo que le abrió paso a toda la descripción de la ponderación era la demostración de su *racionalidad mayor* respecto de la subsunción, por las dificultades que ésta implicaba en la cuestión de la justificación externa y su excesivo formalismo. Es claro que ninguna de las dos metodologías justifica las premisas, por eso es que la subsunción se ubica en la justificación interna. Cuando creíamos que se explicaría

⁴¹ Alexy, *op. cit.*, p. 60.

⁴² *Idem.*

la mayor racionalidad de la ponderación, parece que el autor nos está diciendo que ambas son racionales en la misma medida, por ser completamente formales.

La gran diferencia estructural sería, según ALEXY, que la subsunción funciona conforme a las reglas de la lógica, mientras que la ponderación funciona a partir de las reglas de la aritmética. Esta distinción es muy curiosa, esto sobre todo por dos razones: La primera es que la aritmética, al igual que la lógica, funciona a base de axiomas, en este campo, más que famosa es la fundamentación axiomática de GIUSEPPE PEANO.⁴³ La segunda razón, es que la matemática, género al que pertenece la especie de aritmética, es un tipo de lenguaje que no dista del de la lógica, en el sentido que ambos son lenguajes formalizados. De hecho, la fundamentación moderna de las matemáticas proviene de la base lógica que le dieran BERTRAND RUSSELL y ALFRED NORTH WHITEHEAD en su obra *Principia Mathematica*.⁴⁴

Se esperaría que ALEXY promoviera un abandono de la subsunción por su *poca racionalidad*, pero esto no es así, pues tras señalar las diferencias entre subsunción y ponderación, dice que

tal diferencia es a su vez una expresión de las dos dimensiones del razonamiento legal: una dimensión que clasifica y una que gradúa, las cuales pueden combinarse de múltiples maneras a efecto de realizar tanta racionalidad en la argumentación jurídica como sea posible. Explorar esta combinación significa, sin embargo, abordar otra cuestión.⁴⁵

Así ALEXY finaliza su documento. Con esta cita, un alexiano podría decir que es mentira nuestra afirmación de que ALEXY

⁴³ Los axiomas, entiéndase lógicos, de Peano son hoy en día la base misma de la aritmética. Mírese Giuseppe Peano, *Los principios de la aritmética: expuestos según un nuevo método*, Julián Velarde Lombraña (trad.), Oviedo, Pentalfa, 1979.

⁴⁴ Mírese Bertrand Russell, *Los principios de la matemática*, Juan Carlos Grimberg (trad.), Madrid, Espasa-Calpe, 1967.

⁴⁵ Alexy, *op. cit.*, p. 61.

haya proclamado el abandono de la subsunción. Preguntaríamos a continuación: ¿si subsunción y ponderación *se pueden combinar para obtener tanta racionalidad en la argumentación jurídica como sea posible*, y la subsunción es un método *menos racional* que la ponderación, qué sentido tiene seguir subsumiendo, si en todo caso la idea es una mayor racionalidad y ella se logra en mayor grado con la ponderación?

ALEXY intenta crear la racionalidad de la ponderación a partir del cadáver de la subsunción, acusándola de ser *menos* racional. La estrategia, que se puede considerar desde la pragmática lingüística como una locución deshonestas, es ya fácil de reconstruir en términos generales. La recapitulación de las afirmaciones falsas, que hemos estudiado en cada caso, se hace indispensable por la cantidad de fintas y giros retóricos que hace ALEXY entre renglón y renglón:

1. La ponderación existe tanto como la subsunción, entendidos ambos términos como procesos.
2. La subsunción, como fórmula, es un proceso rudimentario, debido al problema de la precedencia y a su estructura misma.
3. La precedencia puede resolverse en algunos casos sencillamente subsumiendo, no necesariamente ponderando. Es decir, en algunos casos está permitido ponderar.
4. En el caso de la precedencia, se puede ponderar o subsumir, pero esa operación es de segundo nivel, porque en el primer nivel en todo caso se deberá hacer una operación de naturaleza deductiva, pero posiblemente sometida a una lógica no estándar.
5. La estructura misma de la subsunción implica un *mínima racionalidad* en la justificación externa. Esto abre el espacio para un método de *mayor racionalidad*.
6. Este método de mayor racionalidad se puede describir mediante la fórmula de la ponderación.

7. La fórmula de la ponderación ha sido aceptada por los jueces, pero algunos teóricos han sido escépticos a ella. Entre esos escépticos se encuentra un coloso de la filosofía contemporánea: HABERMAS.
8. El escepticismo de HABERMAS es infundado pues por vía de ejemplos –sentencias en las que los jueces ponderan– se puede demostrar su racionalidad.
9. La estructura formal de la ponderación es similar a la de la subsunción, pues ninguna justifica el contenido de las premisas.
10. La única diferencia entre los dos modelos es que la ponderación funciona mediante las reglas de la aritmética, mientras que la subsunción con las de la lógica.
11. Ambas estructuras son expresión de las dos dimensiones del razonamiento legal: el que clasifica y el que gradúa y ambas se pueden combinar para obtener tanta racionalidad en la argumentación jurídica como sea posible.

La conclusión que deriva ALEXY de esta cadena de afirmaciones es la siguiente: las falencias racionales de la subsunción convierten a la fórmula que pretende resolver dichas falencias en racional. Ambas pueden convivir para obtener la mayor racionalidad posible en la argumentación. Queda en el aire que esa convivencia no es fácil de establecer porque, por definición, la ponderación es más racional que la subsunción: es preferible –o por lo menos, más sencillo *prima facie*– ponderar.

VI. LA RELEVANCIA PRAGMÁTICA DE TOMARSE EN SERIO EL PROBLEMA DE LA RACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN

La ponderación es un error, porque no es un procedimiento racional, entendiendo racional como algo conceptualmente consistente y lógicamente comprobable. No obstante, queda una cuestión abier-

ta. Es posible que algunos se sientan tentados a afirmar que no se trata de un error sino de una alternativa legítima, gobernada por una lógica especial. Si ese fuera el caso, habría que decir que esa es una alternativa que atenta contra los valores propios del Estado constitucional de derecho. Este modelo de Estado impone formas distintas y muy concretas de legitimación de las acciones, según el tipo de autoridad de que se trate: el legislador mediante el mandato que le concede el voto libre de los ciudadanos, la administración pública mediante la eficacia en la implementación de políticas públicas y los jueces mediante el seguimiento del derecho.⁴⁶ En otras palabras, la razón por la que se debe obedecer lo que manda un juez en un Estado constitucional, por obvio que parezca decirlo, es que sus decisiones han sido resultado de la interpretación de las normas jurídicas.

En este sentido, la única forma racional que conocemos para poder acreditar ese requisito de legitimación es la obligación de fundamentar las decisiones. Fue WRÓBLEWSKI quien organizó conceptualmente estas obligaciones bajo el nombre de justificación externa e interna, pero seamos claros en que en el hipotético caso que nunca se hubieran conceptualizado estas obligaciones, igual ellas seguirían allí, por el tipo de Estado en el que hemos basado nuestro pacto político en las democracias constitucionales modernas. De esta manera, no es un asunto disponible la necesidad de que los jueces demuestren haber hecho conexiones entre premisas propias del derecho, no de su propia cosecha o de ordenamientos morales o religiosos, y que hayan conectado esas premisas de manera lógica, no una lógica sofisticada, sino, una del mismo modo intersubjetiva.

El descrédito lógico que intenta ALEXY contra la subsunción, como forma de simular una fundamentación racional de la ponderación, pone en peligro esos criterios de legitimación de la actividad

⁴⁶ Mírese Amadeu Recasens, “El poder judicial y el sistema de justicia”, en Miquel Caminal Badía (coord.), *Manual de ciencia política*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 470 a 510.

de los jueces en una democracia constitucional, puesto que envía el mensaje errado de que la ponderación, por ser supuestamente más racional, los suple: un juez que piensa que por el hecho de haber ponderado su decisión está del todo justificada está, en realidad, sustrayéndose al cumplimiento cabal de su misión. Igual de equivocado está quien sostiene lo mismo cuando subsume, como preconizaba el positivismo decimonónico. En realidad sería el mismo formalismo interpretativo, pero con distinto nombre.⁴⁷ A la larga, la nominación que se le ponga a la operación mental que se realizó es intrascendente, desde que se cumpla con las aludidas obligaciones.

Con el tiempo, se ha empezado a determinar que los jueces pueden ponderar mal, a lo que los alexianos responden sencillamente que debe haber mayor comprensión y pedagogía de las fórmulas. De manera análoga, también dentro de la comunidad de alexianos se ha reconocido la necesidad de mejoras parciales de las fórmulas y sus leyes y principios.⁴⁸

No obstante, ni las mejoras a una teoría ni su adecuada enseñanza resuelve sus problemas estructurales, que devienen de un supuesto no explicitado: asumir que el hecho de ponderar resuelve la necesidad de justificar en forma adecuada las decisiones.⁴⁹ El método de justificación que sugiere ALEXY, la aplicación de su fórmula, se convierte en la justificación misma, abriendo paso al completo desentendimiento de los jueces de cualquier normativa

⁴⁷ Mírese García Amado, *op. cit.*, 2005.

⁴⁸ Algunos partidarios de la visión alexiana se caracterizan por asumir un expreso interés de mejorar la teoría de Alexy para darle una mayor rango de protección al que él mismo establece de manera originaria. Un conjunto de textos de varios autores que van por esta línea se puede consultar en Jan-R. Sieckmann (ed.), *La teoría principialista de los derechos fundamentales*, Barcelona, Marcial Pons, 2011.

⁴⁹ Que la ponderación reemplaza la argumentación es un dato por cierto evidente en Alexy, pues en el proceso de ponderación se pesan razones y argumentos, por los que éstos se dan previos al resultado de la ponderación. Es decir, la ponderación es el resultado final de un proceso de justificación, es la justificación misma de la decisión judicial.

jurídicamente válida. Este es el real problema que surge de una teoría de este tipo. No nos hemos empeñado en defender o criticar conceptualmente la subsunción.

Nuestro propósito, intelectualmente más modesto pero axiológicamente más apremiante, es hacer una crítica a una actitud intelectual que, a partir de incorrecciones lógicas y deliberadas falsificaciones, pretende acabar con saberes más o menos estables en la disciplina jurídica, para con ello hacerle lugar a sus propios planteamientos. Esta sería una más de las tantas cuestiones que solo nos debieran importar a los académicos, si sus implicaciones no fueran tan indeseables respecto a la vigencia del Estado constitucional de derecho.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALENIKOFF, THOMAS ALEXANDER. “Constitutional Law in the age of balancing”, en *Yale Law Journal*, n.º 96, 1987.
- ALEXY, ROBERT. “De la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural”, LUIS FELIPE VERGARA PEÑA (trad.), en EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, NATHALIA BAUTISTA PIZARRO y LUIS FELIPE VERGARA PEÑA (comps.). *La ponderación en el derecho*, Bogotá, Externado, 2014, pp. 29 a 62.
- ALEXY, ROBERT. “On Balancing and Subsuntion. A Structural Comparison”, en *Ratio Iuris, An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, vol. 16, n.º 4, diciembre de 2003, pp. 433 a 449.
- ATIENZA, MANUEL. “A vueltas con la ponderación”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 44, 2010, pp. 43 a 59.
- AUSTIN, JOHN LANGSHAW. *Cómo hacer cosas con palabras: palabras y acciones*, Barcelona, Paidós, 1982.
- BERNAL PULIDO, CARLOS. “La racionalidad de la ponderación”, en MIGUEL CARBONELL (coord.). *El principio de proporcionalidad en el Estado constitucional*, Bogotá, Externado, 2007, pp. 51 a 80.

- GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO. “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en RICARDO GARCÍA MANRIQUE (ed.). *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 249 a 331.
- GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO. “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, en *Berbiquí. Revista del Colegio de jueces y Fiscales de Antioquia*, n.º 30, noviembre de 2005, pp. 14 a 38.
- GARCÍA AMADO, JUAN ANTONIO. “¿Ponderación o simples subsunciones? Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional del 25 de abril de 2007”, en *El derecho y sus circunstancias*, Bogotá, Externado, 2010, pp. 249 a 261.
- HABERMAS, JÜRGEN. *Facticidad y validez*, MANUEL JIMÉNEZ REDONDO (trad.), Madrid, Trotta, 1998.
- HAMBLIN, CHARLES LEONARD. *Falacias*, HUBERT MARRAUD (trad.), Lima, Palestra, 2016.
- HERNÁNDEZ MARÍN, RAFAEL. *Interpretación, subsunción y aplicación del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1999.
- ITURRALDE SESMA, VICTORIA. “Sobre el silogismo judicial”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, VIII, 1991, pp. 239 a 272.
- PEANO, GIUSEPPE. *Los principios de la aritmética: expuestos según un nuevo método*, JULIÁN VELARDE LOMBRANA (trad.), Oviedo, Pentalfa, 1979.
- PORTOCARRERO QUISPE, JORGE ALEXANDER. *La ponderación y la autoridad en el derecho. El rol de los principios formales en la interpretación constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- REGASENS, AMADEU. “El poder judicial y el sistema de justicia”, en MIQUEL CAMINAL BADÍA (coord.). *Manual de ciencia política*, Madrid, Tecnos, 1996, pp. 470 a 510.
- RUSSELL, BERTRAND. *Los principios de la matemática*, JUAN CARLOS GRIMBERG (trad.), Madrid, Espasa-Calpe, 1967.
- SEARLE, JOHN. *Actos de habla*, Madrid, Cátedra, 2001.
- SIECKMANN, JAN-R. (ed.). *La teoría principialista de los derechos fundamentales*, Barcelona, Marcial Pons, 2011.

VON WRIGHT, G. HENRIK. *Norma y acción*, PEDRO GARCÍA FERRERO (trad.), Madrid, Tecnos, 1970.

WRÓBLEWSKI, JERZY. “Legal syllogism and rationality of judicial decision”, en *Rechtstheorie*, n.º 1, 1974, pp. 33 a 46.

LA FENOMENOLOGÍA Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: ¿UNA CONEXIÓN POSIBLE?

TIAGO GAGLIANO PINTO ALBERTO¹

RESUMEN: Este artículo tiene como reto desarrollar una comprensión de la argumentación jurídica desde la óptica de la teoría fenomenológica creada por Edmund Husserl en el seno filosófico, y más adelante desarrollada por otros autores ya en el ambiente del derecho. Lo que se presenta es una propuesta que, si bien sucedida y aplicada, podrá añadirle a los fallos elementos imprescindibles de la fenomenología haciendo que la argumentación desarrollada por las Cortes de Justicia se vuelva más racional. Como marcos teóricos, el artículo invoca principalmente las enseñanzas de Edmund Husserl, Adolf Reinach y Gerhart Husserl, además de otros autores directa o indirectamente referidos. De la misma forma, algunos fallos y teorías utilizados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos – CIDH y el Tribunal Constitucional alemán se utilizan como prueba para la finalidad propuesta por el artículo. Por fin, en el artículo se utiliza la metodología deductiva, siendo descriptivo en cuanto a la fenomenología y propositivo al sugerir la utilización de este aporte filosófico en la argumentación jurídica.

PALABRAS CLAVE: *razonamiento judicial, fenomenología, argumentación jurídica.*

ABSTRACT: This article aims to develop an understanding of legal argumentation under the philosophical phenomenological theory created by Edmund Husserl, and later developed in Law by other authors. What is presented is a proposal that, if successful and applied, can add essential elements of phenomenology to the Court decisions as a way to make more rational the argument developed in Jurisprudence. As theoretical frameworks, the article mainly invokes the teachings of Edmund Husserl, Adolf Reinach and Gerhart

¹ Postdoctor por la Universidad de León, España, así como de la Pontificia Universidad Católica del Paraná (PUCPR); Juez de Derecho en Curitiba, Provincia de Paraná, Brasil, y profesor de la PUCPR . Correo electrónico: <tiagogagliano@hotmail.com>.

Husserl, in addition to other authors directly or indirectly referred. Similarly, some judgments and theories used by the Inter-American Court of Human Rights and the German Constitutional Court are used as evidence for the purposes proposed by the article. Therefore, the article uses deductive methodology, being descriptive in terms of phenomenology and propositional when suggesting the use of this philosophical contribution to the legal argumentation.

KEYWORDS: *judicial reasoning, phenomenology, Legal argument.*

SUMARIO: I. Introducción; II. ¿Por qué la teoría del conocimiento en el derecho?; III. El ser y la conciencia; IV. Fenomenología y argumentación jurídica; V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Edmund Husserl, filósofo de comienzos del siglo XX, continuando los estudios de su maestro Franz Brentano de quien heredó y profundizó los conceptos, desarrolló un método de comprensión de la conciencia, del ser y de las cosas que produjo un verdadero cambio en la filosofía moderna. La idea hasta entonces vigente de la comprensión de las cosas a partir del objeto, que tuvo en los socráticos, y entre los más actuales David Hume, sus mayores representantes, ya había sido rebatida a partir del giro Kantiano en el que el ser pasó a ubicarse en el centro del pensamiento filosófico, pero fue solamente con Edmund Husserl que definitivamente se pudo desarrollar un método a partir del que las cosas mismas pasan a ser afectadas por una conciencia que llega más allá de sí misma: la fenomenología.

Al mismo tiempo que la fenomenología Husserliana intenta, con éxito, encuadrar los objetos bajo la comprensión de la conciencia y la conciencia misma a su propia comprensión, también cambia la forma de mirar la ciencia y la filosofía a su alrededor. Edmund Husserl plantea que la filosofía se debe comprender como ciencia y, más que eso, que todas las ciencias se deben comprender desde una mirada filosófico-fenomenológica. Su concepto de reducción fenomenológica,

con el fin de obtener una reducción eidética de las cosas a su esencia, es tan complicado como dilucidador y si bien comprendido y aplicado, puede, como sugiere el autor, aplicarse a todos los campos temáticos, científicos o no. Esto porque se trata de un método de pensamiento, a partir del que se puede poner de relieve el objeto –sea cual sea– y, a partir de la aplicación de una reducción, verlo, así como se presenta en su esencia, independientemente de cualquier prejuicio o influencia de otras miradas, naturales o científicas.

En efecto, esa forma de abordaje de la conciencia y de los objetos permite una amplia gama de aplicaciones, filosóficas o no. Desarrollando su idea en el ámbito de la teoría del conocimiento, Husserl ya lo veía, sosteniendo que la fenomenología es un método general, sin limitaciones en su campo de tematización. Así que, aunque después de Edmund Husserl la fenomenología haya sido combatida desde diversas perspectivas –del existencialismo Sartriano, del estructuralismo de Michel Foucault y también de los posestructuralistas, como Jacques Derrida, Gilles Deleuze, Jean-François Lyotard y, más recientemente, Giorgio Agamben–, tuvo una importancia indescriptible no solo por sí misma, sino también en el desarrollo de obras esenciales filosóficas como las de Martín Heidegger y Jacques Lacan.

Específicamente en el campo del derecho, el método fenomenológico tuvo su inicio en Gerhart Husserl, hijo de Edmund Husserl, a partir de la obra “*Recht und Zeit*”, en la que se discutieron principalmente el concepto de tiempo y la aplicación del derecho por el Poder Judicial, la Administración y el Legislativo, planteando el autor que la mirada del juez hacia el pasado no puede dejar de considerar la reducción fenomenológica de las cosas a la conciencia, produciendo, así, una síntesis que puede, al mismo tiempo, conformar el pasado adjudicando el derecho, producir cambios en el futuro al sugerirle al legislador temáticas nuevas o aun, nuevas visiones de temas ya, en principio, consolidados.

Todavía en la época de Edmund, otro autor que había comenzado a aplicar el método fenomenológico en el derecho y había

alcanzado éxito, aunque su pensamiento haya sido interrumpido dada su temprana muerte en la Primera Guerra Mundial, fue Adolf Reinach, que, además de traducirles buena parte de las ideas de Edmund Husserl a los alumnos y a los investigadores de la época, también tuvo tiempo de elaborar su particular visión acerca de la fenomenología, discrepando un poco del pensamiento de su maestro.

Luego vinieron otros autores que, a ejemplo de los citados, fueron fundamentales para consolidar de una vez la aplicación del método fenomenológico en el derecho, con diferentes matices temáticos: Wilhelm Schapp, Fritz Kaufmann, Fritz Scheier, Mário Brentone, Dietrich Von Hildebrand, y, más modernamente, Giuliana Stella, todos ejemplos de suceso en la difusión de la fenomenología y su intercambio temático.

Así es que, bajo este estado del arte se intentará, en este artículo, establecer una correlación del método fenomenológico con la argumentación jurídica, considerando el presupuesto del padre de la fenomenología según el que este método encuentra aplicación en todos los campos de la ciencia, natural o no.

II. ¿POR QUÉ LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO EN EL DERECHO?

La teoría del conocimiento empezó a desarrollarse de manera coincidente con la comprensión del significado y finalidad de la filosofía; dado que si para Sócrates lo que se intentaba hacer era definir toda acción humana como acción consciente, o sea, como un acto de saber; para Platón lo que se pretendía era plantear un autorreflexión del espíritu sobre los valores correspondientes a lo bueno, bello y verdadero. Solo más tarde, con Descartes, Spinoza y Leibniz la teoría del conocimiento pasó a direccionarse hacia el conocimiento del mundo objetivo.²

² Johannes Hessen, *Teoría del Conocimiento*, Madrid, Espasa-Calpe, 15ªed., 1979, pp. 14-15.

Empero, parece un punto común la comprensión según la cual la teoría del conocimiento, en cuanto tal, fue sistematizada y verdaderamente desarrollada a partir del libro “Ensayo sobre el entendimiento humano”, de 1690, de autoría de John Locke, luego refutada por David Hume en “Tratado de la Naturaleza Humana” (1739-40), George Berkley, en “Tratado de los principios del conocimiento humano” (1710) y, finalmente, Leibniz, en “Nuevos ensayos sobre el entendimiento humano” (1765).

La autorreflexión y la autoconcepción del espíritu no se situaban desconectadas en el momento inicial de la teoría del conocimiento en el seno filosófico, sino que se imbricaban en un campo más amplio de análisis, ahora vertido al mundo que existía alrededor del ser y que debía ser conocido y descrito bajo una teoría general que pudiese describirla de una forma metodológicamente definida y definitiva. No es que la filosofía coincida en su objeto con la teoría del conocimiento; son cosas diferentes y así se conservan, ubicándose ésta más en la descripción general de las ciencias y aquella en otros problemas más atentos a las cuestiones del espíritu y de la reflexión a partir del conocimiento. Como ha advertido J. Hessen:

Entre las funciones superiores del espíritu y de la cultura contamos la ciencia, el arte, la religión y la moral. Si ponemos en relación con ella la filosofía, ésta parece distar más de la esfera de la cultura últimamente nombrada, de la moral. Si la moral se refiere al lado práctico del ser humano, puesto que tiene por sujeto la voluntad, la filosofía pertenece por completo al lado teórico del espíritu humano. Con esto, la filosofía parece entrar en la vecindad de la ciencia. Y, en efecto, existe una afinidad entre la filosofía y la ciencia, en cuanto que ambas descansan en la misma función del espíritu humano, en el pensamiento. Pero ambas se distinguen, como ya se ha indicado, por su objeto. Mientras que las ciencias especiales tienen por objeto parcelas de la realidad, la filosofía se dirige al conjunto de ésta.³

³ *Ibid.*, p. 17.

Domingo Casanova, por su parte, define la teoría del conocimiento a partir de la diferencia entre el *pensamiento* y el *conocimiento*. Lo que plantea es que el conocimiento es un pensamiento que pretende la verdad y que, para alcanzarla, la teoría del conocimiento “enfoca los problemas de la concordancia del pensamiento con su objeto, en la medida misma en que este objeto puede tener determinaciones diferentes a las del pensamiento como tal”. De tal forma que la teoría del conocimiento se convierte en epistemología, en saber científico (ἐπιστήμηπιστέμῃ, “conocimiento”, y λόγολόγος, “estudio”).⁴

El mismo autor enfatiza que “cualquier especie de conocimiento ha de caer dentro de la teoría”,⁵ ya que el conocimiento está intrínsecamente relacionado con la forma cómo podemos comprender lo que entendemos de nosotros mismos y de las cosas que se ubican alrededor. Así que en las diversas fases de la comprensión del conocimiento tenemos el idealismo platónico, basado en la vida contemplativa (*biósthoreti-kós*), el nominalismo del siglo XI, el racionalismo cartesiano, que, con Descartes, puso la razón en la luz, el empirismo epistemológico, autónomo o cartesiano, el idealismo kantiano, las diversas formas de empirismo – la de Locke, “que niega que la sustancia sea un concepto claro”, la de Berkley, que “niega la existencia de las cosas materiales” y, principalmente, la de Hume, que “basándose en los argumentos y en los métodos de Berkley, niega la existencia de las sustancias espirituales, dejándonos, por consiguiente, sin sustancia alguna”;⁶ el intuicionismo, cuyo nombre más candente fue Henri Bergson (1859-1941) con sus ideas girando alrededor del concepto en cuanto mapa y la intuición en cuanto contexto; y, principalmente, al menos para este artículo, sin descon-

⁴ Domingo Casanova, *Teoría del Conocimiento*, Barcelona, Universitat Autònoma de Barcelona Bellaterra, 1993, pp. 26-27.

⁵ *Ibid.*, 1993, p. 27.

⁶ *Ibid.*, p. 40.

siderar otras formas más modernas de práctica de la epistemología, el empirismo fenomenológico.⁷

Domingo Casanova señala que Edmund Husserl, tomando de Brentano la intencionalidad, supera el psicologismo haciendo que de la conciencia “salga la prueba de términos reales y de vigencias ideales que naturalmente la trascienden, puesto que ella misma es trascenderse”.⁸ Señala, además, que los empiristas anteriores a Husserl exageraron un poco en la idea de la construcción del objeto a partir de los datos proporcionados por los sentidos, mediante los hábitos de la asociación, al paso que la constitución Husserliana adopta una tarea constructiva, siendo el lenguaje el mejor instrumento de la pureza fenomenológica.⁹

Y, en ese aspecto, lo que el método fenomenológico Husserliano intenta es, a partir del cambio en la teoría del conocimiento del ser-de-la-verdad para la-verdad-del-ser, obtener la esencia de las cosas mismas, pasando de la subjetividad hacia la objetividad de los componentes del pensamiento y de la conciencia.

Ese desarrollo, en un primer momento psicologista-descriptivo y luego sensible-transcendental, tuvo el mérito de redirigir la verdad, lo que presenta una interface con el derecho y la justicia. Y, en la discusión de la verdad, asume suma importancia el conocimiento *a priori* y *a posteriori* de las cosas. Esto, porque el conocimiento *a priori* de las cosas está necesariamente relacionado con el concepto de justificación epistémica, o de legitimación epistémica. Bajo este

⁷ El autor clasifica el método desarrollado por Edmund Husserl como “empirismo fenomenológico”. No estoy muy seguro de esta clasificación, a principio porque la versión del método fenomenológico a partir de Husserl cambió de una visión descriptivo-psicológica para una visión transcendental, lo que inviabiliza ponerla en un rótulo único. Además de esto, la fenomenología es un método, lo que hizo referencia muchas veces el propio Edmund Husserl y no una categorización del pensamiento. Esta cuestión, por otro lado, está expuesta a muchas y diversas interpretaciones.

⁸ Domingo Casanova, *op. cit.*, 1993, 52.

⁹ *Ibid.*, p. 52.

concepto se puede comprender que algo esté justificado de manera *a priori*, o sea sin que necesite de cualquier aporte sensible, racional o cognoscitivo.¹⁰

Es en ese punto que el derecho en su enfoque argumentativo presenta una interface con la teoría del conocimiento. Mucho se ha dicho, sostenido y planteado en el estudio de la argumentación jurídica que los jueces solo quedan legitimados si y en la medida que utilizan argumentos de índole racional. Ahora, si los utilizan y aún así no pueden lograr en sus fallos una argumentación que, en apariencia sea racional, pero en el fondo permanezca permeada de subjetividad, no están en el ámbito de la legitimación epistémica, o de los conocimientos *a priori*, sino de una aparente legitimidad argumentativa, pero que, en realidad, no trasciende el terreno de la *doxa* al contrario de la *episteme*. Es así que, entre otras manifestaciones alejadas de la racionalidad, se puede constatar la utilización de la fórmula o criterio abierto, como la ponderación bajo criterios personales, lo que no es ponderar en absoluto; y, de otro turno, los diversos matices de la justicia o de la razonabilidad.

En ese sentido, la teoría del conocimiento, con el método fenomenológico, puede auxiliar a los jueces en sus fallos, operándose una reducción de la metodología argumentativa para, captada la esencia del problema en curso, revelarse posible sostener una solución que se presente epistemológicamente legitimada.

Para cerrar este tema, creo importante decir que, sin caer en un holismo epistemológico o dejar de lado la discusión inaugurada por el Circulo de Viena, en especial con Rudolf Carnap y, después, Willard Quine, acerca de la imposibilidad de la existencia de conocimientos *a priori*, el método fenomenológico de Husserl, con su desarrollo posterior de Adolf Reinach y del propio Gerhart Husserl, ponen

¹⁰ Olga Fernández Prat y Daniel Quesada, “Conocimiento *a priori* y conocimiento *a posteriori*”, en Daniel Quesada, *Cuestiones de Teoría del Conocimiento*, Madrid, Tecnos, 2009, pp. 277-278.

bases sólidas al menos para cuestionar la posibilidad de la interface argumentación jurídica-legitimidad epistémica-fenomenología.

III. EL SER Y LA CONCIENCIA

1. LA FENOMENOLOGÍA DE EDMUND HUSSERL

Lo que toca ahora examinar es el pensamiento de Edmund Husserl acerca de la fenomenología. Lo haré de forma muy sencilla y poco profundizada, pues, como se sabe, el desarrollo de su trabajo fue un proyecto de toda su vida y, por eso, con muchos matices, distinciones, conceptos, variaciones, desplazamientos y cambios.

Lo que presentamos ahora es solamente la estructura general del pensamiento Husserliano, o, al menos, de sus conceptos base con los que se podrá, más adelante, pasar a la parte propositiva del artículo.

En la primera lección de “La idea de la Fenomenología”, Edmund Husserl hace una distinción entre la ciencia natural que surge de la actitud espiritual natural sin preocuparse por la crítica del conocimiento, produciendo enunciados individuales o genéricos basados en el juicio de percepción que se tiene de las cosas que se sitúan alrededor; y la ciencia filosófica, en la que se reflexiona acerca del conocimiento que involucra el ser y el objeto.¹¹ En la ciencia filosófica, las cosas se ponen más difíciles, ya que se hace necesario investigar cuál es la relación del sujeto con el objeto. Husserl dice que en ese campo las cosas se presentan misteriosas.

Hay que buscar cuál sería la relación existente entre el sujeto que conoce y el conocimiento del sujeto propio. Para lograr este objetivo, la ciencia natural no ofrece ayuda, una vez que las percepciones, la intuición, la comprensión de las cosas a partir de la observación

¹¹ Edmund Husserl, *La idea de la Fenomenología. Cinco Lecciones*. Traducción de Miguel García-Baró. México-Madrid-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1973, pp. 25-27.

no permitirán elucidar cómo se desarrolla el conocimiento a partir del conocimiento mismo, o sea, la formulación de enunciados, individuales o genéricos, partiendo de percepciones o intuiciones que no resultarán en un conocimiento seguro para quien conoce. Para esto, la ciencia filosófica habrá de presentar algún método que logre hacerlo.

El conocimiento, para Husserl, es una vivencia psíquica: el conocimiento del sujeto que conoce y tiene delante los objetos conocidos. Pero, ¿cómo hacer para alcanzarlos? Y, además, ¿cómo saber que los hemos alcanzado? ¿Quizás con el apoyo del empirismo Humeano, en el que las impresiones y las ideas rigen el conocimiento, moldeándolo y poniéndolo de relieve, a la manera del principio de la copia? A Husserl no le satisface esta opción, una vez que atribuir al órgano sensorial no le parece algo que, por sí solo, pueda explicar el proceso de conocer. Y, además de esto, la tarea del conocimiento es como una tarea crítica, lo que la aparta de las experiencias sensoriales.¹²

Subsiste, de esa forma, la cuestión de investigar la relación entre el conocimiento, el sentido del conocimiento y el objeto del conocimiento, de una forma científicamente consistente, pero sin caer en una especie de escepticismo o solipsismo. Estas son las cuestiones que remiten a la esencia del conocimiento, a partir de una ciencia fenomenológica. “Fenomenología designa una ciencia, un nexo de disciplinas científicas. Pero, al mismo tiempo y, ante todo, fenomenología designa un método y una actitud intelectual: la actitud intelectual especialmente filosófica; el método específicamente filosófico”.¹³ Así la define Husserl, poniendo de relieve la idea según la cual la fenomenología es capaz de ir más allá de las ciencias naturales, incluso evaluándolas (reflexión gnoseológica); es capaz de obtener la esencia del todo, incluso la esencia de la esencia y, a

¹² *Ibid.*, pp. 28-31.

¹³ *Ibid.*, p. 33.

partir de ella, presentar consideraciones objetivas y racionales del objeto cognoscible.

Pero, ¿cómo obtener esa esencia y cuál es la forma fenomenológica para alcanzarla? La respuesta tal vez surja a partir de la segunda lección sobre la idea de la fenomenología, en la que Husserl se cuestiona cómo obtener la crítica del conocimiento de forma vacía, sin reflexión previa que pueda llevar a alguna preconcepción o prejuicio. Sí, porque si no lo hacemos de forma vacía, no será posible, a seguir, intentar realizar cualquier tipo de abordaje fenomenológico que descarte prejuicios o refutaciones naturales. Al final, en este punto, habrá vencido el naturalismo y, con él, también el empirismo al señalar que las sensaciones, obtenidas a partir de las impresiones y reflejadas por las ideas, son definitivas. El éxito de la gnoseología será infundado.¹⁴

Es entonces que, intentando establecer cómo se dará la forma de investigación del objeto a partir del conocimiento y del conocimiento mismo, Husserl se pregunta a sí mismo si la duda cartesiana se presenta como un indicio de solución. Como se sabe, la duda cartesiana está ubicada en el ambiente del *cogito*, o sea, de la conciencia y, aunque no arranque de los mismos presupuestos que la fenomenología, puede parecer una atractiva forma de examen de la conciencia de manera gnoseológica.¹⁵ Esto se da porque la meditación cartesiana no pone en duda la duda misma, estableciendo como certeza que yo puedo dudar de algo y que, por eso, ese sujeto que duda, existe.

Pues bien, trayendo la misma concepción al terreno fenomenológico, es posible decir que cuando algún objeto del conocimiento se le presenta a alguien, se puede dudar de todo, pero no de la capacidad de dudar misma, lo que remite al carácter absoluto del proceso de duda y, por eso, lo aparta de prejuicios o preconcepciones. La

¹⁴ *Ibid.*, pp. 37-53.

¹⁵ *Ibid.*, p. 38.

conclusión, expuesta por Husserl a partir de la meditación cartesiana, es, por lo tanto, que “toda vivencia intelectual y en general toda vivencia, mientras es llevada a cabo, puede hacerse objeto de un acto de puro ver y captar y, en él, es un dato absoluto”.¹⁶

Y surge de allí la trascendencia, caracterizada como un “no-estar-contenido-como-ingrediente” en el acto de conocimiento donde al mismo tiempo figura como un darse de modo absoluto, o sea, darse a sí mismo de modo absoluto, presentándose por completo, sin nada a esconder en el plano de la evidencia, que, por ello, pasa a ser entendida como evidencia inmediata.¹⁷

No obstante, considerar la trascendencia como evidencia inmediata puede hacernos caer en la trampa del empirismo que Husserl intenta evitar. Eso porque la evidencia inmediata parece que solo puede ser captada por intermedio de las percepciones y, luego, por las sensaciones, o, dicho de otra manera, por las impresiones. Esto suena familiar, ¿verdad?

Bueno, ocurre que Husserl trata de evitar esta comparación planteando el siguiente ejemplo, que, aunque un poco extenso, vale la pena transcribir:

Un sordo de nacimiento sabe que hay sonidos, que los sonidos armonizan y que puede entender cómo hacen esto los sonidos, cómo son posibles obras de arte sonoras. No puede representarse cosas tales, es decir, no puede verlas y captar, viéndolas, el cómo. Su saber que existen no le sirve de nada y sería una cosa absurda si quisiera ponerse a deducir, tomando pie en su saber, el cómo del arte de los sonidos; si quisiera aclararse las posibilidades de ésta infiriendo a través de su conocimiento. No puede ser, esto de deducir de existencias meramente sabidas, pero no vistas. El ver no puede demostrarse o deducirse. Es patentemente un *nonsens* querer aclarar posibilidades (y posibilidades ya inmediatas) por derivación lógica a partir de un saber no intuitivo. Por tanto, aunque esté yo completamente seguro de que hay mundos trascendentes, aunque deje yo valer íntegras

¹⁶ *Ibid.*, p. 40.

¹⁷ *Ibid.*, pp. 45-46.

las ciencias naturales todas, nada puedo tomar prestado de ellas. No me es lícito imaginarme jamás que llego, merced a suposiciones transcendentales y argumentaciones científicas, a donde quiero ir en la crítica del conocimiento, esto es, a ver la posibilidad de la objetividad transcendente del conocimiento.¹⁸

De esa manera, Husserl aleja el empirismo, tomando la argumentación desarrollada a partir de él como un *nonsens* derivado de la imposibilidad de obtener auxilio a partir de la deducción o inducción.

Ahora bien, es importante definir cómo obtener el planteamiento de Husserl a partir de la reducción gnoseológica, o sea, la efectiva crítica de las ciencias naturales bajo el punto de vista de la filosofía comprendida como ciencia. Importante, incluso, destacar que la idea de Husserl no es solo que la filosofía se comprenda como ciencia, sino también que exista una ciencia fenomenológica desarrollada a partir de la filosofía, en la que todas las demás ciencias puedan obtener una forma y un método para alcanzar el conocimiento puro, a nivel de la esencia de todas las cosas.¹⁹

Y, para empezar la descripción de la reducción fenomenológica, el autor discute la diferencia entre el fenómeno puro y el fenómeno psicológico. La distinción que se hace en este momento sirve para que se pueda fijar la atención en el fenómeno puro, apartándolo de la mirada que se puede realizar tomando como base alguna otra rama de investigación. Es así que Husserl elige la psicología solamente porque es la rama del saber que mayor proximidad mantiene con la definición de la conciencia, pudiendo, por esto, causar alguna confusión con el fenómeno puro. La elección del fenómeno psicológico, pues, es meramente contingente.

¹⁸ *Ibid.*, p. 50.

¹⁹ En ese sentido, considerando la filosofía una ciencia en sentido estricto, o, dicho de otra forma, una ciencia rigurosa, también la siguiente obra del mismo autor: Edmund Husserl, *La filosofía como ciencia estricta*, traducción de Elsa Tabernig, Buenos Aires, Nova, 1973, p. 33.

Y la diferencia, retomando el hilo, es que mientras el fenómeno psicológico piensa el hombre en la actitud natural, percibiendo lo que está pasando, lo que está viviendo, cuáles son sus relaciones con el medio en el que vive, las personas que eligió para pasar su vida, el fenómeno puro se aparta totalmente de esta categorización. Por el contrario, el fenómeno puro es totalmente trascendente, apartándose de la mirada subjetiva y la concepción del tiempo objetivo. Está en el contenido del fenómeno de otras categorías, por lo que exhibe su esencia, donándose por completo y de manera pura: A todo fenómeno psíquico “corresponde, pues, por la vía de la reducción fenomenológica, un fenómeno puro, que exhibe su esencia inmanente (singularmente tomada), como dato absoluto”.²⁰

La idea materializada por el autor es que todos los fenómenos, sean cuales fueren sus orígenes, puedan, bajo la reducción fenomenológica, exhibir su verdadera forma, o, en mejores palabras, la esencia de su forma, la esencia de su inmanencia, la esencia singularmente tomada de su esencia. Es como el núcleo del núcleo, lo que, una vez alcanzada, logrará viabilizar una nueva mirada hacia el ser; una mirada sin prejuicios, sin malentendidos, sin cualesquiera influencias empíricas, sentimentales, contextuales, o, dicho sea de paso, políticas, jurídicas, económicas, externas, internas o de cualquier orden. Es como decir que se podrá obtener a partir de la reducción fenomenológica el principio fundamental del principio fundamental, lo que permitirá también el contraste gnoseológico que objetiva Husserl.

El mayor interrogante, así entendida la idea del autor, es, entonces, cómo obtener la esencia de la esencia; cómo verdaderamente eyectarla del fenómeno en sí. Para esto, parece que Husserl vuelve a la duda cartesiana, pero con algunas diferencias, entre ellas el

²⁰ Edmund Husserl, *op. cit.*, 1973, pp. 54-55.

“aprovechamiento y la evaluación de los conceptos y leyes de la lógica, de la ética y de la axiología”.²¹

Vamos a ver cómo desarrolla esto.

El *ego cogitans ergo sum*, que nos ha dejado Descartes fue, para la filosofía y la teoría del conocimiento, una mirada que le permitió al hombre apercibirse de lo que se encuentra a su alrededor, volviéndose consciente de sí mismo y de las cosas con las que se pone en contacto. El que medita, según Husserl, tomando la duda cartesiana como enfoque y objetivo, lleva a cabo una crítica metódica de lo que es cierto en la vida natural, la experiencia y los pensamientos. Pero, como contraargumento, hay que tener en cuenta la posibilidad de un cierto solipsismo de quien medita, porque el *ego* lo hace solo, buscando caminos apodícticamente definidos, sin volver su mirada alrededor, sin involucrarse, dentro de su pura interioridad y apertura para una exterioridad objetiva.

Esto es lo que el método fenomenológico Husserliano intenta corregir de la máxima *ego cogitans ergo sum*, introduciendo en esta mirada otros elementos que le permitan no sólo comprender el *ego cogito* puro, sino también desarrollarlo a partir de un método aplicable a todas las ciencias y que sea capaz de establecer verdadera forma de comprensión con una evaluación crítica de todas las cosas y los seres que nos rodean. Husserl, de esta manera, está tras la búsqueda de lo que llama el *ego* transcendental, lo que veremos a partir de ahora.

Para llegar a comprender el *ego* transcendental, tenemos, antes, que comprender el concepto de intencionalidad, que caracteriza y es caracterizada por la vivencia cognoscitiva. Es así que toda vivencia de esta naturaleza existe bajo una intención, referente a algún objeto: mientras alguien tiene conciencia, la tiene de algo. La intencionalidad, por lo tanto, es una *intencionalidad de*. Y eso es así para que se pueda obtener la esencia del *cogito*, que, por su vez,

²¹ *Ibid.*, p. 65.

ahondando más el pensamiento, podrá darnos la precisa ubicación del ego transcendental.²²

Ya se ha mencionado que el método fenomenológico objetiva cuestionar las ideas que se le presenten al ser, por lo que se aparta del empirismo Humeano que, bajo el principio de la copia y negando la causalidad, posiciona todo el conocimiento en la experiencia sensible, formulando los conceptos de impresiones y viendo las ideas como en un espejo. Lo que primero hace el método fenomenológico es justamente apartar de la visión de las cosas la opinión subjetiva del conocimiento objetivo, cuestionando sus presupuestos. No es que las consideraciones subjetivas dejen de tener importancia o sean de grado menos elevado que el fenómeno, o sea, el producto de la consideración después de la reducción que propone Husserl; pero las opiniones, visiones o incluso evaluaciones subjetivas serán puestas en paréntesis para que se pueda empezar la investigación que al fin nos remitirá al fenómeno de la conciencia consciente, el *cogito cogitatum*, en toda su amplitud.

Esa idea de poner entre paréntesis el conocimiento previamente existente es lo que Husserl viene a llamar de reducción fenomenológica, o sea, la *epoché*, *epokhé* (*εποχή*), idea según la cual los pensamientos y el conocimiento previamente adquirido serían puestos entre paréntesis, en una verdadera suspensión del juicio acerca de alguna cuestión, sencilla o compleja, del conocimiento. Es importante destacar que no hay una negación de la realidad, no se deja de valorar o de considerar los elementos que a la realidad le parecen objetivos bajo una mirada subjetiva. La reducción que Husserl nos propone considera que hay que poner entre paréntesis una realidad independiente de la conciencia; así que pone entre paréntesis las creencias prefilosóficas para reconducir la mirada hacia las cosas bajo la comprensión que les da la conciencia.

²² *Ibid.*, p. 67-78.

En última instancia, la idea de la *epoché* es que la conciencia podrá constituir sus objetos de análisis y, de acuerdo con esa teoría de la constitución, la conciencia pura, o también denominada por Husserl de objetividad trascendental, podrá eyectar la comprensión de la vivencia natural para una vivencia filosófica, más cerca de la esencia de las cosas y rumbo al último grado del conocimiento, el conocimiento apodíctico.

En este punto, interesa la distinción que Husserl traza en relación con el conocimiento subjetivo, o, mejor dicho, el acto individual de pensar (*nóesis* - νόησις), que, en remisión al pensamiento de Platón,²³ suele traducirse, en griego, como intuición, penetración; y, por otra parte, el contenido objetivo del pensamiento (*nóema*).

Así los describe Husserl, involucrándolos con el *cogito-cogitatum*:

Si seguimos ese principio metodológico respecto del doble tópico *cogito-cogitatum* (*qua cogitatum*), se ponen de manifiesto en primer lugar las descripciones generales que han de ser en cada caso llevadas a cabo sobre las *cogitationes particulares* y en las dos direcciones correlativas. Por un lado, pues, las descripciones del objeto intencional como tal, en vista de las determinaciones que le son atribuidas en los modos propios que se presentan a la respectiva mirada a ellos dirigida (así, por ejemplo, los modos de ser tales como ser-cierto, ser-posible o probable, etc., o bien los modos temporales-subjetivos: ser-presente, pasado (futuro). Esta dirección descriptiva se llama *noemática*. Frente a ella está la dirección *noética*. Esta última atañe a los modos del *cogito* mismo, los modos de la conciencia, por ejemplo, los de la percepción, el recuerdo, la retención, con las diferencias modales que le son inherentes, como la claridad y distinción.²⁴

²³ Para que no quede duda: no es que la fenomenología Husserliana tenga sus raíces en el pensamiento Platónico, sino que el concepto de *nóesis*(νόησις) fue recogido de la teoría Platónica del mundo de las ideas, o sea, del mundo inteligible, a diferencia del mundo sensible. La división de los mundos, como se advierte, nada tiene que ver con los presupuestos del método fenomenológico creado por Husserl.

²⁴ Edmund Husserl, *Meditaciones cartesianas*, traducción y estudio preliminar de Mário A. Presas, Madrid, Tecnos, 1986, p. 51.

Con la *epoché* trascendental se contesta la pregunta que a Husserl le pareció fundamental acerca de la conciencia y los objetos: ¿cómo puede la conciencia ir más allá de sí misma y alcanzar los objetos? Esto se responde a partir de la reducción fenomenológica, porque la conciencia no dejará de lado las percepciones u opiniones subjetivas, sino que las pondrá entre paréntesis, para que la conciencia pueda examinar y evaluar las cosas en sí, produciendo, al fin y al cabo, fenómenos que se liberen de la subjetividad, o sea, transcendentales. Esto es lo que se objetiva a partir de la teoría de la intencionalidad. Si la conciencia es la conciencia de algo, o sea, es una conciencia intencional, los fenómenos que son producidos a partir de la reducción fenomenológica, o sea, el *cogito-cogitatum*, vendrán a ser el producto de la conciencia pura, la esencia misma del objeto.

Pero esto todavía no contesta otra pregunta que le toca formular respecto a la cuestión de la conciencia: ¿cómo comprender que los objetos que existen en el mundo sean objetos que de hecho tengan correspondencia con lo que se obtiene a partir de la conciencia?

Para contestar a esa pregunta, Husserl desarrolla, en las “Meditaciones Cartesianas”, una comprensión de síntesis compleja. Para eso, empieza observando el error de Descartes al convertir el ego en *substantia cogitans*, separada, por así decirlo, del giro trascendental hacia el mundo. En Husserl, lo que se ve es un cambio de lo psicológico hacia lo trascendental que no concierne a la relación conciencia-objeto y conciencia-conciencia, esta última no abordada por Descartes.²⁵

Y ese cambio es lo que permite el comienzo del desarrollo de la comprensión de síntesis. Así que por la *epoché* fenomenológica hay también una reducción del material humano a la vida psíquica: “Yo reduzco mi yo natural humano y mi vida psíquica – el reino de mi experiencia psicológica de mí mismo – a mi yo fenomenológico-transcendental, al reino de la experiencia fenomenológi-

²⁵ *Ibid.* pp. 34-35.

ca-transcendental de mí mismo”.²⁶ Lo que eso importa es que hay un intercambio permanente entre la conciencia y las cosas y la conciencia con ella propia. Eso es fundamental y quizás explique la diferencia Kantiana entre el fenómeno y el *noúmeno* (νοούμενον), una vez que el fenómeno transcendental Husserliano considera las cosas en correlación con la conciencia, poniéndolas a prueba para, por medio de la reducción, traerlas a su esencia, además de existir un movimiento de regreso a la conciencia, a partir de la síntesis.

En ese sentido, Husserl hace una diferenciación entre la reflexión natural y la reflexión transcendental: “En la reflexión natural de la vida cotidiana, pero también en la de la ciencia psicológica (o sea, en la experiencia psicológica de nuestras propias vivencias psíquicas) estamos sobre la base del mundo ya dado como existente.” El ejemplo que nos trae es que la reflexión natural se hace cuando se dice algo como “ahí veo una casa o recuerdo haber oído esta melodía”.²⁷ En la reflexión fenomenológico-transcendental, por otro lado, este tipo de abordaje se abandona en función de la *epoché* a respecto del ser o no-ser del mundo. La reflexión, hecha de esa manera, es capaz de repositionar el *cogito*, así como las cosas mismas en su función.²⁸

Este, bajo mi concepción, es el punto en el que la argumentación jurídica se encuentra con la fenomenología Husserliana, pues el juez tendrá que reflexionar de manera fenomenológico-transcendental a fin de poder considerar los hechos en causa y, a partir de una reducción eidética, transponerlos al límite de su esencia.

Y, por curioso que parezca, la argumentación jurídica bajo la mirada del método fenomenológico exige un observador al mismo tiempo interesado y desinteresado. El primero verá con la utilización del método fenomenológico, su comprensión y límites de manera consciente, intentando hacerlo, tanto desde el punto de vista

²⁶ *Ibid.*, p. 36.

²⁷ *Ibid.*, p. 49.

²⁸ *Ibid.*, p. 48.

interno como externo; y el segundo no estará interesado en un punto de vista, pues con el método fenomenológico hay que volverse gnoseológico, investigando el carácter apodíctico de las cosas con las que se relaciona el caso y más, mirándolas como estando entre paréntesis con respecto a la realidad que las rodea.

Al carácter desinteresado ya le había dedicado su atención Edmund Husserl, como se puede comprobar en el Libro *Meditaciones Cartesianas*.²⁹ Tenemos entonces en la fenomenología y su método propio la actitud desinteresada y en el juez lo que traerá a la argumentación jurídica la actitud interesada; pero no un interés material, sustantivo, sino un interés metodológico, dejando evidente lo que quiere hacer para llegar a la correlación entre el ser que se presenta en el caso controvertido y el caso en sí, la cosa misma.

Queda, empero, conectar la fenomenología con el derecho; o sea, saltar de la teoría del conocimiento para el derecho. La ausencia de esta conexión en el presente artículo no sanaría una dificultad que a mí me parece inmensa: trasponer el abismo de la teoría del conocimiento, la *episteme*, al derecho para, con eso, poder llegar hasta la argumentación jurídica.

Para ayudar a saltar ese abismo cuento con los aportes teóricos de dos autores a los que enseguida me referiré y que han contribuido, tal vez, con los primeros materiales en el camino hacia la construcción de un puente: Adolf Reinach y Gerhart Husserl.

2. DE LA CONCIENCIA HACIA LO CONCRETO: EL DERECHO A MITAD DEL CAMINO

A. ¿ES POSIBLE SALTAR DE LA CONCIENCIA HACIA LO CONCRETO? Y, SI ES POSIBLE, ¿POR QUÉ HACERLO?

Wolfgang Köhler (1887-1967), uno de los principales teóricos de la Psicología de la Gestalt, desarrolló, durante la Primera Guerra

²⁹ *Ibid.*, p. 49.

Mundial, un curioso experimento que consistía en poner un simio junto a un racimo de plátanos localizado fuera de su alcance. En un punto próximo a él, Köhler colocó una caja y un bastón y, después de saltar por diversas veces sin éxito intentando alcanzar los plátanos, el simio percibió que podía mover la caja hasta colocarla debajo de los plátanos y, con la ayuda del bastón, golpearlos hasta que cayesen al suelo.³⁰ Aunque su intención era definir los *insights* y la posibilidad de organización y desorganización de ambientes por quien los habitase, Köhler tuvo el mérito de describir algo que solamente algún tiempo después fue organizado y sistematizado en el derecho: la diferencia entre la racionalidad y la justificación. El caso de Köhler comprueba que los simios pudieron razonar para alcanzar los plátanos, pero no tuvieron la necesidad de justificar su razonamiento.

En el derecho, en especial en la argumentación jurídica, ya se ha hecho bien conocida la diferencia entre los contextos del descubrimiento y de la justificación, planteada primero por la teoría del conocimiento y que, en términos de decisiones judiciales, produjo el efecto de que el juez tuviera la necesidad de justificación en su fallo, o sea, de decir de forma racional y justificada las razones por las que decidió de una u otra forma.

Hay una extensa bibliografía respecto a esta temática, pero, por ahora, lo que interesa es solo poner de relieve que existe sí la posibilidad de trasladarse desde la conciencia al caso concreto y que los motivos para así hacerlo están, en la argumentación jurídica, involucrados con la necesidad de razonar y demostrar la racionalidad del pensamiento del juez al fallar.

Y, en este contexto, cada vez más se está pasando de la comprensión meramente objetiva del pensamiento traducido en los argumentos desarrollados en el fallo para la comprensión de la

³⁰ Wolfgang Köhler, *Experimento de Köhler*, Disponible en <<https://pt.scribd.com/doc/214510043/Experimento-de-Kohler>>, [última consulta, 15 de agosto de 2017], 1978, pp. 39-56.

intencionalidad del pensamiento como parte de la exposición argumentativamente legítima de la causa del resultado final alcanzado en una decisión judicial. Dicho de otro modo: una vez que ya se ha comprobado la necesidad de justificación en la decisión judicial, ahora lo que queda por saber es dónde se ubica ésta, si en la objetividad de los argumentos, o en la intencionalidad de los pensamientos. ¿Cómo pasar de la *doxa* a la *episteme*, sin perder el componente subjetivo de valoración de las peculiaridades de los casos?

Esta correlación racionalidad-justificación es bien relatada, en mirada más amplia, por John R. Searle, en su trabajo cuando se propone describir su teoría de las brechas:

Quando introducimos explicaciones de fenómenos intencionales, tales como acciones, creencias, deseos, esperanzas, así como guerras, políticas económicas, asuntos amorosos y novelas, introducimos un componente nuevo, la racionalidad, y con la exigencia de una explicación racional viene típicamente una exigencia de justificación. Los fenómenos intencionales están sujetos a constricciones de racionalidad, y una exigencia de una explicación de un fenómeno intencional —una creencia, un deseo, una acción etc.— es típicamente una exigencia de mostrar cómo es racional y cómo está justificado.³¹

Otro segmento que propone la investigación del binomio racionalidad-justificación bajo la perspectiva de la intencionalidad es la lógica de la imaginación. Experimentos y teorizaciones llevadas a cabo, entre otros, por Alexandre Costa-Leite e Ilkka Niiniluoto³² han comprobado que, cada vez más, el pensamiento, o la conciencia, ofrece una amplia gama de variables capaces de conducir a la legitimidad epistémica sin perder en la *Doxa*, las opiniones y subjetividad. Este no es el momento de desarrollar estos caminos, sino

³¹ John R. Searle, *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, traducción de Luis M. Valdés Villanueva. Barcelona, Ediciones Nobel, 2000, p. 127.

³² Ilkka Niiniluoto, *Imagination and fiction*. *Journal of Semantics*, 4, p. 209-222. Disponible en <<http://jos.oxfordjournals.org/content/4/3/209.full.pdf+html>>, [última consulta, 15 de agosto de 2017], 2016, pp. 209-222.

solo de indicarlos para comprobar que esta línea de investigación está cada vez más fuerte.

De cualquier forma, sea por la mirada tradicional de la filosofía dura, sea por nuevos rumbos que se han destacado en diversos matices, lo que parece adecuado poner de relieve es que la relación conciencia-caso concreto es ineludible y su comprensión está lejos de ser algo solipsista; no es solamente una forma de explicar lo que está a nuestro alrededor, sino también de justificar decisiones, judiciales o no.

Este camino de vuelta desde la facticidad hacia la conciencia puede ser no más que una nueva vuelta de tuerca, por lo que cabe examinar la relación derecho-fenomenología con mayor atención.

B. LA FENOMENOLOGÍA PARA ADOLF REINACH: ACTOS SOCIALES, CONCEPTOS A PRIORI Y ARGUMENTACIÓN

Aunque Husserl dijo, en su famosa frase, que “La fenomenología son Heidegger y yo”, teniendo en cuenta que Heidegger siguió otros rumbos, dado lo que después se conoció como la hermenéutica-fenomenológica, creo que fue a Adolf Reinach a quien Husserl le dejó su mayor legado, pese a su temprana muerte bajo los desgraciados tiempos de la Primera Guerra Mundial. En sus 34 años de vida, Reinach tuvo tiempo de escribir bastante, así como dictar clases que se volvieron famosas y generaron no solamente una visión propia de la fenomenología de Husserl, sino también la primera tentativa de poner el derecho y la fenomenología en contacto, como se puede observar en la obra *Los fundamentos a priori del Derecho Civil*,³³ en la que pudo lanzar luces a institutos jurídicos como las obligaciones, la propiedad y el derecho mismo bajo diversas concepciones como la teoría de David Hume, la teoría psicológica de Theodor Lipps, y

³³ Adolf Reinach, *Los fundamentos a priori del Derecho Civil*, traducción de Mariano Crespo, Granada, Comares, 2010.

la teoría de Wilhelm Schuppe, criticándolos en lo que le pareció no adecuado para investigar la ontología del objeto buscado, o sea, el derecho civil.

También en la obra *Introducción a la fenomenología*³⁴ pudo desarrollar algunos temas ya profundizados por Husserl, confiriéndoles, empero, su contribución personal. En lo que importa al presente artículo, siguen algunas de sus ideas principales.

Reinach creía que la mirada fenomenológica difiere de la actitud fenomenológica. Esta es mucho más interesante e importante que aquella, una vez que le permite al hombre pensar fenomenológicamente en cualesquier ramas o puntos de interés que venga a imaginar. Eso es interesante sobre todo porque basa el planteamiento que se propone en ese artículo, según el cual la mirada del juez debe ser fenomenológica para que desarrolle todo el potencial de la argumentación jurídica. Y eso porque, independientemente de la teoría de la argumentación que se adopte, el significado de las palabras, las cosas, el mundo y el ser estarán involucrados y, para Reinach, así como para Husserl, la fenomenología ofrece un sitio seguro al cual podemos acudir para analizar, examinar y profundizar todos los aspectos del caso en conflicto.

Tal vez una crítica que dirige Reinach a los filósofos y que quizás se pueda aplicar, casi como por subsunción, a los que se han olvidado de buscar la esencia de las cosas, al costo de una argumentación basada en reglas lógicas o establecidas bajo sospechosa legitimación democrática es que se “ha olvidado de mirar; tan sólo se sabe demostrar”.³⁵

Bueno, quizás esto justifique igualmente un regreso a la fenomenología, una vez que actualmente las cosas pasan tan deprisa, los casos a examinar son tantos y variados que las esencias incluso se

³⁴ Adolf Reinach, *Introducción a la fenomenología*, traducción de Rogerio Rovila, Madrid, Encuentros, 1986, p. 37.

³⁵ *Ibid.*, p. 37.

pierden.³⁶ Pero algo diferente es sostener la aplicación de la fenomenología a la argumentación jurídica, lo que no se debe hacer solo por cuestiones de cantidad o meramente pragmáticas.

Y, para eso, hay que ponerla primero en la misma ruta que el derecho, cosa que Reinach también reconoce al desarrollar su teoría de los actos sociales bajo fundamentos fenomenológicos. Al analizar el concepto de promesa (que generará, posteriormente, las obligaciones) en el derecho civil, concibe, al igual que la teoría de los juicios negativos que ya había desarrollado anteriormente, que la promesa solo es válida en cuanto tal porque al ser creada, trae consigo la creación de un acto social que contiene dos partes: una parte anímica-interna y otra corporal-externa. La primera se conecta al sentido del agente que practica el acto, a su vivencia específica, a su espontaneidad, a la intencionalidad; y el segundo a la forma que es percibida por el destinatario.³⁷

Esa es la idea que se pretende pasar con el presente artículo, o sea, que la argumentación jurídica utilizada por el juez como instrumento de argumentación racional y, por eso, capaz de legitimarlo jurídicamente, tiene un necesario contenido social que se obtiene del pensamiento, o mejor dicho, del método fenomenológico, en el que el juez podrá realizar una reducción eidética y fenomenológica de los conceptos, reglas y particularidades involucradas en el caso, poniendo bajo la luz, de este modo, el aspecto anímico-interno (parafraseando a Reinach) y, al mismo tiempo, dejando claro para el público externo cómo lo hace.

Juntos, el aspecto interno de la argumentación – que, llevado a cabo por el juez, partirá del caso para obtener la esencia – y el aspecto externo, o sea, la argumentación jurídica propiamente dicha,

³⁶ Solo para que se tenga una idea, datos del Consejo Nacional del Justicia brasileño revelan que en 2015 la cantidad de casos pendientes en el Poder Judicial brasileño era de 99,7 millones, siendo 91,9 en el primer grado de jurisdicción.

³⁷ Adolf Reinach, *op. cit.*, 2010, p. 41.

conformarán un fallo que será, al mismo tiempo, racionalmente justificado y legitimado argumentativamente.

Entonces volvamos a Adolf Reinach para observar una particularidad más.

La argumentación jurídica se puede considerar como el producto del acto social practicado por el juez al momento de fallar. Esto es simple, pero sirve para un propósito que, tanto en Husserl como en Reinach se expone con profundidad. Al crear la teoría de los actos sociales que sostiene los fundamentos *a priori* del derecho civil, Reinach, considera, como ya lo había hecho Husserl, la materia y la calidad del acto como dos momentos inseparables y combinables de distintos modos. Y, para él, eso hace que el acto no deba ser considerado bajo signos aléticos de verdad o falsedad, sino más bien en cuanto formas exitosas o no exitosas de alcanzar su meta.³⁸

Ahora bien, con la argumentación jurídica pasa lo mismo, sencillamente porque se puede considerar un ejemplo de acto social. También poco le valdrá la relación alética verdadero/falso, buscando mejor dicho el resultado exitoso o no (componentes de coherencia o consecuencialistas), y siendo permeada por relaciones bilaterales, al igual que los actos sociales, basados en la intencionalidad del emisor que se debe poner de relieve y la recepción del destinatario.

A fin de consolidar todavía más esa idea, considero importante desarrollar aún más la aplicación del método fenomenológico en el derecho, por lo que me parece importante poner de relieve el pensamiento del hijo de Edmund Husserl que se dedicó a esta empresa: Gerhart Husserl.

³⁸ No es este el momento de examinar a fondo la teoría de los actos sociales de Adolf Reinach, lo que por cierto remitiría a la teoría de los juicios negativos y a su forma de ver la fenomenología. Lo que intento hacer por ahora es solamente tomar de Reinach algunos marcos teóricos que pueda utilizar para desarrollar la idea que propongo en este artículo, de establecer un eslabón entre la argumentación jurídica y la fenomenología. Así que por ahora dejo de profundizar, mismo en el aspecto descriptivo, los ejes teóricos mencionados, tomándolos como presupuestos sólo para los fines dichos.

C. LA FENOMENOLOGÍA PARA GERHART HUSSERL

Es común, entre los llamados jusfenomenólogos, realizar una división entre la fenomenología en cuanto filosofía, de línea más ortodoxa y que tuvo a Edmund Husserl como su idealizador, la fenomenología existencialista – y aquí se hace una subdivisión, distinguiendo entre una versión que se denomina existencialista alemana bajo la enseñanza de Heidegger (que rechazó esa denominación, dígase de paso) y existencialista francesa, cuyos nombres más influyentes fueron Jean-Paul Sartre, Maurice Merleau-Ponty y Simone de Beauvoir – y, finalmente, la jusfenomenología, que tuvo a Adolf Reinach, Félix Kaufman y Gerhart Husserl como sus principales autores.

La comprensión de Gerhart Husserl tuvo el mérito de trasponer al derecho muchos de los presupuestos de la fenomenología y, pese a recibir muchas críticas acerca de la falta de rigorismo formal (al contrario de lo que llevó a su padre a ser reconocido), elaborar una teoría que posibilitó y posibilita aún establecer un eslabón entre la fenomenología, en cuanto método y ciencia, y el derecho.

Por lo tanto, es adecuado en este momento poner de relieve algunas líneas generales de las ideas de Gerhart Husserl para, enseguida, profundizarlas en la siguiente etapa de este artículo, al describir cómo efectivamente la argumentación jurídica puede recibir un influjo fenomenológico que la legitime.

Gerhart Husserl expone, en su obra *Recht und Zeit*,³⁹ al igual que Adolf Reinach en “Los fundamentos *a priori* del Derecho Civil”, la idea de que existe algún o algunos fundamentos centrales del derecho, de carácter *a priori*, que pueden ser reconocidos bajo el método de la reducción eidética y que, por ubicarse en la misma

³⁹ Willis Santiago Guerra Filho, *Fenomenologia e direito*, Cadernos da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região, Rio de Janeiro, TRF 2, Região, 2008, p. 51.

senda de la comprensión social, estarían directamente legitimados por la sociedad.

Teniendo en cuenta el concepto de intersubjetividad heredado de la teoría de su padre, Edmund Husserl, Gerhart considera que, si la realidad social se muestra como una construcción intersubjetiva, así como el derecho, debe haber, casi como una conclusión deductiva, un fundamento común que los una (a la realidad social y al derecho) y que sostenga la legitimidad del ordenamiento jurídico. Pensar el derecho, según destaca, es como pensar los fundamentos que lo legitiman.

Y ese, o esos, fundamento(s) común(es) tendría(n) la importante característica de destemporalidad, es decir, no variaría(n) conforme el tiempo, presentándose siempre estable(s) y operante(s) bajo la existencia de una sociedad, o, mejor dicho, una realidad social y el derecho que la presente.

Esa construcción solo se hace posible, para Gerhart Husserl, porque en su concepción la realidad social se presenta como idéntica a la construcción intersubjetiva, por lo que parte de un intrincado término fenomenológico que posiciona la conciencia hacia afuera de sí misma y del mundo, de suerte que, involucrada con el otro que se relaciona con ella, construye tanto los objetos, como a sí misma.

No se debe olvidar, empero, que la construcción de la intersubjetividad y la conciencia hacen parte de la teoría de Edmund Husserl en una fase más madura, en la etapa en la que ya veía la intersubjetividad casi como una necesaria consecuencia de la comprensión de la expresión “mundo de la vida” que después lo llevó a cambiar algunos aspectos de su teoría original.

Gerhart Husserl parte de la intersubjetividad justamente para comprender que el derecho se ubica en el mismo nivel que la realidad social y que, por eso, así como se puede encontrar un fundamento *a priori* para esta última, también lo es para el derecho. El pensamiento es cuestionable y no parece del todo acertado, principalmente por considerar que: i) existe un fundamento *a priori* para

la realidad social; ii) el derecho podría ser equivalente a la realidad social y, por abducción, a la construcción intersubjetiva; y iii) porque existe un fundamento *a priori* para el derecho que sería el mismo que el de la construcción intersubjetiva. Pero, aunque cuestionables algunos aspectos, es posible considerar la idea de destemporalidad de Gerhart Husserl para los fines planteados en este artículo.

Como se puede percibir, la correlación derecho-realidad social-construcción intersubjetiva no es nada fácil y a esta Gerhart Husserl le añade otras dos expresiones de igual dificultad: el horizonte de significados y el mundo de la vida.

Las dos se justifican en su modo de ver para explicar que la característica de la destemporalidad del derecho no significa necesariamente que el derecho mismo no se pueda historicizar, o sea, considerar momentos históricos que puedan moldear la realidad en la que se ubica. Independientemente del carácter destemporalizador del derecho, habrá que considerar el momento en el que se aplica, ya sea el pasado, tarea del Poder Judicial, el presente, del Poder Ejecutivo o el futuro, tarea de los legisladores.

Estos poderes tienen la función de captar la historicidad de la realidad social, teniendo en cuenta el horizonte de significados que sufrirán un proceso de reducción eidética y fenomenológica para, después, convertirlos en i) normas; ii) fallos iii) actos que comprenderán en sí mismos tanto la historicidad como los fundamentos *a priori* del derecho.

Veamos, ahora, cómo las ideas de los autores pueden auxiliar en el planteamiento de este artículo.

IV. FENOMENOLOGÍA Y ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

1. UN EJEMPLO DE MALA APLICACIÓN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, tratando específicamente de la temática del valor probatorio del contexto, y, con-

cretamente, de la posibilidad del juez considerarlo independientemente del requerimiento de las personas involucradas en el caso, decidió que: a) el contexto tiene efectivo valor probatorio, estando, en este punto, amparado por el reglamento que rige la aplicación de los derechos humanos en el ámbito internacional;⁴⁰ b) el valor probatorio del contexto es meramente indiciario, o sea, debe ser considerado en conjunto con los demás elementos probatorios existentes en el caso llevado a apreciación de la Corte;⁴¹ c) considerando la construcción teórica denominada “pruebas para mejor resolver”, se admite, incluso *ex officio*, que el juez considere el contexto.

La tesis elaborada por la CIDH es muy interesante también por un detalle.

Además de haber enfrentado específicamente la cuestión del valor probatorio del contexto, lo que hasta ahora no se ha visto a no ser como *obiter dictum*, al menos en Brasil, creó una especie de evaluación del conjunto probatorio a partir de las pruebas obtenidas y producidas en el caso originario objeto de análisis por la CIDH, a partir de lo que la Corte denominó “teoría de la sana crítica”.⁴² Es que la CIDH tiene, gracias a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, competencia para sobreponer sus decisiones a los fallos de última instancia llevados a cabo por el Poder Judicial de los países que firmaron la Convención; y claro, en estos casos originarios existió un material probatorio que llevó a determinada conclusión. Así que la operación que la CIDH realiza es la de

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia Caso Velasquez Rodriguez Vs. Honduras, sentencia de fondo del 29 de julio de 1988. par. 132.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los 19 comerciantes Vs. Colombia, Sentencia del 12 de junio de 2002. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam, Sentencia del 4 de diciembre de 1991. Caso Gonzalez y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela, Sentencia del 28 de enero de 2009. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Sentencia del 25 de noviembre de 2006.

⁴² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mapiripan vs. Colombia, Sentencia de fondo, reparaciones y costas del 15 de septiembre de 2005. Pár. 73.

considerar el elemento probatorio primario como una especie de elemento probatorio en el proceso que, bajo su competencia, se produzca. Es como si fuera una especie de prueba de la prueba.

La propuesta es interesante y de cierta manera auspiciosa, pero presenta algunos problemas, sobre todo para el método que se plantea en este artículo.

Inicialmente e, incluso, independientemente del planteamiento de este artículo, es interesante observar que el análisis de los casos en los que el contexto fue considerado demuestra que, aunque considerado formalmente como elemento indiciario, en realidad, no se lo puede caracterizar como tal. De hecho, la CIDH llegó a sus conclusiones teniendo en cuenta que el contexto había sido comprobado, lo que le atribuye carácter probatorio en dos momentos: el primero como base fáctica que motivó la causa analizada; el segundo como elemento indiciario capaz de contraste con las demás pruebas. Esta doble valoración no me parece adecuada. Esto porque, aparte de otros problemas, intercambia los criterios de inducción, necesaria para la reconstrucción del ambiente fáctico, y deducción, apta al análisis de la conclusión de la prueba.

Además, y ahora sí lo que interesa al presente artículo, confunde verdad, construcción de la verdad y consideración de la verdad. Edmund Husserl, con su concepción de la reducción fenomenológica, intenta explicar cómo la conciencia comprende un objeto de análisis, señalando que la intencionalidad tiene una crucial importancia en este punto.⁴³ La consideración del contexto como medio probatorio hace con que la conciencia que se produjo en un caso, mire al otro, sin correspondiente fáctico.

La reducción, fenomenológica o eidética, desde el punto de vista de Edmund Husserl o de otros autores, exige que las circunstancias fácticas sustantivo-deontológicas sean puestas entre paréntesis, de

⁴³ Edmund Husserl, *Investigaciones Lógicas*, 2, traducción de Manuel G. Morente y José Gaos, Madrid, Alianza Editorial, 1982, pp. 472-500.

manera que no puedan influenciar en la solución de un caso desde el punto de vista material. Se debe, entonces considerar, en un segundo momento, el contexto originario de cierta manera neutro a lo que se aprecia.

Pues... Lo que hace la CIDH es justamente lo contrario. Considera el contexto como una especie de prueba de la prueba, haciendo uso de la cuestionable “teoría de la crítica sana” que, más allá de cualquier duda, tiene un fondo deontológico, en la medida en que le permite a la Corte decir, bajo sus consideraciones subjetivas, cuáles son las críticas sanas y cuáles no lo son, por qué no lo son o por qué no son críticas; y, por si eso no fuera suficiente, aún considera el contexto formalmente como elemento indiciario, pero materialmente como prueba misma: una prueba de la prueba.

La comprensión de la CIDH acerca del contexto como material probatorio, indiciario o no, no atiende mínimamente al método de la reducción fenomenológica, de suerte que los fallos que adoptan las mencionadas teorías – de ‘la crítica sana’ y de ‘pruebas para mejor resolver’ – nada más hacen que estimular una argumentación que, en su aspecto interno, no se legitima en cuanto fallos que deberían estar llenos del mundo de la vida, intersubjetividad y horizonte de significados.

Hay, además, otra cuestión.

Además de no poner el contexto probatorio o los elementos de él resultantes entre paréntesis – lo que, en efecto, hace con que de hecho la Corte, por sus propias consideraciones, tome un contexto como le parezca mejor, de la forma que le parezca más adecuada, por su exclusivo y personal criterio –, la Corte, al considerar el contexto originario como la prueba de la prueba tampoco percibe la necesidad de la conciencia de ubicarse en el presente, en el caso dado, eyectada, así, de otros factores o circunstancias, principalmente las pasadas.

Así que, considerando el contexto ya ocurrido como elemento de prueba, indiciario o no, para el caso presente, se toma del pasado

una esencia que quizás no sea equivalente a la esencia del caso que ahora se pone de manifiesto para apreciación de la CIDH. El trazo decisivo de eyección de la conciencia hacia el presente no se satisface; no se satisface para nada.

Lo mejor que se podría hacer para corregir la dirección de la comprensión de la CIDH en esta situación sería, sin margen de duda, abandonar tanto la ‘teoría de la crítica sana’, que no es para nada sana, como la teoría de ‘pruebas para mejor resolver’, que, por igual, no lleva a camino alguno.

A. UN EJEMPLO DE CORRECTA APLICACIÓN

Entre los extractos de las sentencias más importantes del Tribunal Constitucional Alemán compiladas por Jürgen Schwabe, una de las más destacadas, a nuestro modo de ver, son las “Sentencias n°. BVerfGE 30, 1, que trata de la escucha telefónica y la Sentencia, proferida en la Segunda Sala, el 15 de diciembre de 1970 – 2 BvF1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69.⁴⁴

En la primera se reconoció que “El tratamiento que los poderes públicos – al hacer cumplir la ley – brindan a las personas, debe ser considerado como manifestación de desprecio al valor de que goza el ser humano por el hecho de ser persona cuando dicho tratamiento incide en la dignidad humana”. En la segunda, por otro lado, el concepto de dignidad de la persona humana quedó mejor explicado, incluso con voto en apartado de dos jueces.

El entendimiento que prevaleció se puso así de manifiesto:

El que el art. 1 de la Ley Fundamental, conocido como el principio de la inalienabilidad de la persona humana, no pueda ser modificado mediante una reforma Constitucional, tal y como lo dispone el art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental, dependerá ante todo de las circunstancias en las

⁴⁴ Jürgen Schwabe, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán. Extractos de las Sentencias más importantes compiladas por Jürgen Schwabe*, traducción de Marcela Anzola Gil y Emilio MausRatz, México, Fundación Konrad Adenauer, 2009, p. 53.

cuales se considere violada la dignidad humana. Evidentemente esto no se puede establecer en forma general, sino siempre atendiendo al caso en concreto. Las fórmulas generales, como la que prevé que los seres humanos no pueden ser degradados al ser tratados por el poder estatal como un simple objeto, establecen las directrices que sirven para determinar los casos en los que se da una violación de la dignidad humana. No pocas veces el ser humano se vuelve un simple objeto, no sólo de las circunstancias y del desarrollo social, sino también del derecho, en la medida en que se debe adherirse a ese sin que se tomen en cuenta sus intereses. La violación de la dignidad humana no se da por esta sola razón. Se debe añadir el hecho de que la persona haya sido sometida a un trato que cuestiona principalmente su cualidad de sujeto, o que en el tratamiento dado en el caso concreto exista una desvalorización arbitraria de la dignidad humana. El trato que afecta la dignidad humana, otorgada por el poder público al ser humano en cumplimiento de la ley, debe ser considerado como una minusvalorización de las garantías de que goza el ser humano por virtud de ser persona, y en ese sentido tiene también el carácter de ‘trato abyecto’.⁴⁵

En el voto particular de los magistrados Geller, Dr. Von Schlabrendorff y Dr. Rupp, así se esclareció:

Para responder a la pregunta de lo que significa ‘dignidad humana’, uno debe guardarse de entender esa patética expresión exclusivamente en su sentido más elevado, es decir, aquel que considera que la dignidad humana únicamente se vulnera cuando el trato otorgado por el poder público – al hacer cumplir la ley – a las personas sea considerado como ‘expresión del desprecio del valor del que goza el ser humano por el mero hecho de ser persona’, y, en ese sentido, tiene también el carácter de un ‘tratamiento abyecto’. Si se hace esto, entonces se reduciría el Art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental a la prohibición de reintroducir, por ejemplo, las torturas, las picotas y el método del Tercero Reich. Una restricción tal, sin embargo, no corresponde a la concepción y al espíritu de la Ley Fundamental. Todo poder estatal tiene que considerar y proteger al ser humano en sus valores propios y su autonomía. No puede ser tratado de manera

⁴⁵ *Ibid.*, p. 54.

impersonal, como un objeto, aun cuando esto ocurra sin desconocer los valores personales, sino con ‘buenas intenciones’.⁴⁶

Ahora vamos a sacar de las dos sentencias las premisas que se correlacionan con la discusión de este artículo.

En el primer fallo, la Sentencia n.º. BVerfGE 30, 1 se ve un ejemplo de situación en la que independientemente de la argumentación jurídica que el fallo hubiera utilizado como base, su conclusión es eminentemente subjetiva, personal y no puede pasar en el test del método de la fenomenología para la comprensión, racionalización y alteridad, de la decisión judicial.

Eso simplemente porque al invocar el principio de la dignidad de la persona humana sin más, o sea, sin establecer lo que en la fenomenología y aquí en este artículo se suele llamar de reducción eidética, la Corte, por medio de la Sentencia, lanzó una manifestación que no ultrapasó la barrera de la mera opinión, no pudiendo ser clasificada como un fallo racional.

Al decir que el poder público afronta la dignidad humana cuando emite un acto “como manifestación de desprecio al valor de que goza el ser humano”, lo que la Corte hizo fue más bien caminar en círculos, lanzando argumento defectuoso por ser circular. Podría cambiar la dignidad de la persona humana por el cielo, el infierno, las señoras, los caballeros, las rocas o cualquier otra cosa que el resultado sería el mismo. Y eso se da principalmente porque a la Corte le falta un método que efectivamente investigue lo que dice el principio y no una tendencia subjetiva o personal de emitir fallos.

Existe, pues, en el razonamiento de la Corte, un vicio intrínseco, interno, el que, como discutido en este artículo, se puede combatir por medio de un remedio también de naturaleza interna: la reducción interna, método fenomenológico planteado por Edmund Husserl y relacionado, en este artículo, a la argumentación jurídica, que traerá a la luz la esencia del caso, partiendo del concepto de la

⁴⁶ *Ibid.*, p. 54.

dignidad de la persona humana, permitiendo que el fallo se caracterice, a un solo tiempo, como racional y legitimado, porque trae en su conjunto la alteridad.

Obsérvese que esa vuelta de tuerca, independientemente de la teoría de la argumentación que se utilice, se ubica, en realidad, en la conciencia del juzgador, que, haciendo la reducción eidética, podrá encontrar lo que el caso indica como esencia a ser trabajada partiendo del principio de la dignidad de la persona humana.

Lo que falta, pues, es la reducción eidética, que en ese fallo no fue pensada.

Nótese que, para tanto, no nos cabe discutir el contenido del principio de la dignidad humana. Eso haría que la discusión se ubicase más allá del método fenomenológico, que, por medio de la reducción, objetiva poner entre paréntesis cualquier forma de pensamiento substantivo-deontológico.

Por otro lado, tampoco se discute la discutible esencia de conceptos jurídicos, una vez que de la misma forma tal discusión nos llevaría hacia el mismo problema, poner a la mesa argumentos substantivos-deontológicos para el debate. Esto no sucede con la reducción eidética (de la forma como se ha explicado en este artículo, con variaciones a la manera fenomenológica Husserliana) ya que intenta solo buscar en el caso mismo la esencia del caso para, a partir de ella, discutir la dignidad de la persona humana.

Esa falla fue, en buen momento, reparada por la siguiente sentencia, la de n.º. 2 BvF1/69, 2 BvR 629/68 y 308/69, con los votos en separado.

Nótese la siguiente afirmación:

El que el art. 1 de la Ley Fundamental, conocido como el principio de la inalienabilidad de la persona humana, no puede ser modificado mediante una reforma Constitucional, tal y como lo dispone el art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental, dependerá ante todo de las circunstancias en las cuales se considere violada la dignidad humana. Evidentemente esto no

se puede establecer en forma general, sino siempre atendiendo al caso en concreto.⁴⁷

Aquí no hace falta la mención a la necesidad de la reducción. Con esta afirmación, fue superada la omisión en la que incurría el fallo anterior, que, además de concebir la dignidad de la persona humana en general, abstracto, la derivaba de sí misma. En la presente Sentencia, sin embargo, no solamente hubo un reconocimiento de que la dignidad de la persona humana no suele considerarse en abstracto, en general, sino que su contenido se debería obtener a partir del caso concreto.

Ha mejorado, una vez que el fallo indica, al menos de manera implícita, la necesidad de la reducción del concepto del principio de la dignidad de la persona humana, derivable del caso concreto. Indica la reducción, o sea, reconoce, también implícitamente que faltó algo en el terreno del método de la decisión en el caso anterior, que derivó la dignidad de sí misma.

Ocurre, empero, que, aunque sea un avance, la Corte no lo hizo completamente, una vez que pretendió reducir la dignidad de la persona humana al caso concreto, para obtener con eso, su contenido material. Esto no se sostiene, bajo mi punto de vista, porque caería en el problema de considerar los contenidos substantivos/deontológicos de un concepto jurídico, término, axioma, cláusula general abiertos y todos cualesquiera otros puntos de apertura del sistema que se pueda imaginar.

Eso es justamente lo que el método fenomenológico aplicable a la teoría de la argumentación jurídica intenta evitar, incluso porque sería una especie de *contraditio in terminis* a la propia fenomenología, que se aleja de cualquier forma de discusión deontológica en búsqueda de la esencia, poniendo todas las concepciones de esta naturaleza entre paréntesis.

⁴⁷ *Ibid.*, 53-54.

O sea, le faltaba al fallo del Tribunal Constitucional ubicar la reducción en el ambiente correcto, en el caso concreto, sacándolo de la discusión deontológico-valorativa que necesariamente se ubicaría si acaso permaneciera en el terreno señalado.

La decisión no percibió este punto; lo que hizo que en la secuencia de los argumentos acerca de la posible violación de la dignidad de la persona humana se tratase solamente de cuestiones genéricas, abstractas y no involucradas al caso concreto, como intentando justificar la dignidad por la dignidad misma.

Léase, para que quede claro, la secuencia de los argumentos del fallo:

Las fórmulas generales, como la que prevé que los seres humanos no pueden ser degradados al ser tratados por el poder estatal como un simple objeto, establecen las directrices que sirven para determinar los casos en los que se da una violación de la dignidad humana. No pocas veces el ser humano se vuelve un simple objeto, no sólo de las circunstancias y del desarrollo social, sino también del derecho, en la medida en que se debe adherirse a ese sin que se tomen en cuenta sus intereses. La violación de la dignidad humana no se da por esta sola razón. Se debe añadir el hecho de que la persona haya sido sometida a un trato que cuestiona principalmente su cualidad de sujeto, o que en el tratamiento dado en el caso concreto exista una desvalorización arbitraria de la dignidad humana. El trato que afecta a la dignidad humana, otorgada por el poder público al ser humano en cumplimiento de la ley, debe ser considerado como una minusvaloración de las garantías de que goza el ser humano por virtud de ser persona, y en ese sentido tiene también el carácter de ‘trato abyecto’.⁴⁸

A buena hora, sin embargo, los votos separados esclarecieron la cuestión. Y ya en las primeras líneas percibieron el problema en el que se había envuelto la Corte, al decir “Para responder a la pregunta de lo que significa ‘dignidad humana’, uno debe guardarse de entender esa patética expresión exclusivamente en su sentido más elevado”, o sea, para decir lo que la dignidad de la persona

⁴⁸ *Ibid.*, p. 54.

humana tiene que ver con la esencia del caso se debe mirar el caso y no la dignidad humana; este y solamente este podrá poner a la luz los elementos más adecuados que constituyan el horizonte de significados trascendentales bajo los cuales se podrá efectivamente examinar si el principio de la dignidad de la persona humana fue o no violado por la conducta del Poder Público.

Esto, en la secuencia del argumento de la Corte, queda bien claro. Obsérvese:

(...) es decir, aquel que considera que la dignidad humana únicamente se vulnera cuando el trato otorgado por el poder público – al hacer cumplir la ley – a las personas sea considerado como ‘expresión del desprecio del valor del que goza el ser humano por el mero hecho de ser persona’, y, en ese sentido, tiene también el carácter de un ‘tratamiento abyecto’. Si se hace esto, entonces se reduciría el Art. 79, párrafo 3 de la Ley Fundamental a la prohibición de ser e introducir, por ejemplo, las torturas, las picotas y el método del Tercero Reich (...)⁴⁹

Y, también, en el siguiente fragmento:

Todo poder estatal tiene que considerar y proteger al ser humano en sus valores propios y su autonomía. No puede ser tratado de manera impersonal, como un objeto, aun cuando esto ocurra sin desconocer los valores personales, sino con ‘buenas intenciones’.⁵⁰

Al hacer mención a i) situaciones en concreto que podrían justificar la violación al principio de la dignidad de la persona humana (“las torturas, las picotas y el método del Tercer Reich”) y, de la misma forma, a la necesidad de que no se desconozcan valores personales, o sea, que la dignidad de la persona humana no sea justificada, en cualesquier actos estatales solo bajo las “buenas intenciones”, el Tribunal Constitucional marcó de manera definitiva la mirada que debe tener para investigar una posible violación a la

⁴⁹ *Ibid.* p. 54

⁵⁰ *Ibid.*, p. 55.

dignidad de la persona humana: no se debe investigar su contenido, porque en último grado, este puede terminar por legitimar, bajo las “buenas intenciones”, toda una gama de conductas estatales que puedan conducir, en efecto y de hecho, a la violación de la dignidad de la persona humana.

Al contrario, lo que se debe observar cuando la Corte se propone investigar la posible violación del principio de la dignidad humana no es, en absoluto, la dignidad en sí, sino, en realidad, el caso, las circunstancias que, de hecho, puedan consistir en una violación o no.

Ahora bien, traduciendo esta consideración de la Corte para las expresiones planteadas por la fenomenología y aplicadas en este artículo.

Lo que importa, de esta forma, no es que el concepto presente validez por sí solo, sea cual sea su contenido, dado que la investigación por la deontología a la que involucra en su aspecto material no resultará en otra cosa a no ser subjetivismos, arbitrariedades o argumentos defectuosos. Lo que sí se debe, es hacer una reducción eidética para, investigando por medio del horizonte fenomenológico de significados la esencia del caso, poder contrastarlo con el concepto jurídico. *Los conceptos jurídicos no tienen forma, calidad o sustancia* (¡sobre todo en sentido Aristotélico!); son más bien aplicables gracias al contraste que la esencia del caso le muestra al juzgador.

Esto, por supuesto, no aparta al juzgador de la percepción, la estética (“aisthetiké” - αισθητική) necesaria en cualquier emisión de juicio de valor, como otrora ya advirtiera Kant, pero sí la limita, pues la esencia del caso no permitirá que el juez avance hacia el subjetivismo o la arbitrariedad, ya que sí así lo hiciera partiría para otro campo ajeno a la reducción y, por lo tanto, al método fenomenológico, perdiendo en legitimidad y creando un vacío democrático.

El ejemplo del fallo del Tribunal Constitucional Federal alemán constituye un importante caso de, en un primer momento, déficit de reducción y, en segunda etapa, corrección del camino, lo que

ha permitido, en este artículo, desarrollar en el sentido práctico un poco las ideas planteadas en la senda teórica.

V. CONCLUSIÓN

Hace mucho la fenomenología nos brinda con criterios racionales para describir las cosas y el movimiento de la conciencia. Hubo tentativas de involucrarla en el derecho bajo diversas comprensiones y matices y ahora, lo que se ha tratado en este artículo es poner de relieve su utilidad también cómo forma de racionalizar aún más la argumentación jurídica.

Es evidente que el camino no es fácil y tampoco seguro, pero lo que se ha intentado hacer es presentar, de forma general, la posibilidad de correlación entre la fenomenología y el derecho. El asunto merece mayor desarrollo, pero si al menos ha servido para llamar la atención sobre el tema, la tarea que se proponía el artículo ya habrá sido alcanzada con éxito.

UN PROBLEMA EN LAS TESIS FUNDAMENTALES DEL DERECHO QUE SUPONE EL POSITIVISMO JURÍDICO ESTILO HART

BERNARDO ANDRÉS GALLEGOS MENDOZA¹

RESUMEN: En este artículo defenderé la tesis de que el positivismo jurídico estilo Hart aún no cuenta con una formulación adecuada de las tesis fundamentales del derecho. Consideraré, al menos, tres formulaciones de tesis fundamentales del derecho proporcionadas por algunos positivistas jurídicos y concluiré que ninguna es correcta, ya que ellas están enfocadas en las proposiciones sobre el derecho sin ofrecer explicación alguna de cuáles son los casos que podrían estar indeterminados. Este problema es patente cuando distinguimos entre proposiciones sobre el derecho y, lo que llamaré, proposiciones jurídicas ordinarias. Analizaré dos posibles enmiendas a las tesis fundamentales del derecho que un positivista jurídico podría ofrecer, pero ninguna será satisfactoria. Finalmente, apuntaré que una tesis muy plausible de la lógica de la verdad muestra que no sólo las tesis fundamentales del derecho, sino incluso los fundamentos del derecho del positivismo jurídico estilo Hart requieren una corrección.

PALABRAS CLAVE: *fundamentos del derecho, positivismo jurídico, validez jurídica, indeterminación jurídica, lógica de la verdad.*

ABSTRACT: In this paper I will defend the thesis that Hart's style legal positivism does not yet have an adequate formulation of the fundamental thesis of law. I am going to consider, at least, three formulations of fundamental thesis of law provided for some legal positivists and I will conclude that none is correct because they are all focused in the propositions about law without offering any account of the cases could be indeterminate. This problem is

¹ Realizó estudios de derecho y filosofía en la UNAM. Ha impartido las cátedras de Teoría Jurídica Contemporánea I y Lógica I en el Posgrado de Derecho de la UNAM. Actualmente realiza su investigación doctoral sobre la objetividad interna en el derecho adscrito a la Facultad de Filosofía y Letras de la UNAM. Correo electrónico: <bernardogallegosm@gmail.com>.

showed when we distinguish between propositions about law and, what I will call, ordinary propositions of law. I will analyse two possible amendments of the fundamental thesis of law that a legal positivist could offer, but none of them will be satisfactory. Finally, I will point out that a very plausible thesis of the logic of truth shows that not only the fundamental thesis of law, but even the grounds of law of Hart's style legal positivism require an amendment.

KEYWORDS: *grounds of law, legal positivism, legal validity, legal indeterminac, logic of truth.*

SUMARIO: I. Tesis fundamentales y fundamentos del derecho. II. La tesis fundamental del derecho asumida por el positivismo jurídico estilo Hart. III. Una insuficiencia del positivismo jurídico estilo Hart. IV. El fracaso de dos estrategias de solución. V. Proposiciones sobre el derecho y lógica de la verdad. VI. Conclusiones. VII. Fuentes.

I. TESIS FUNDAMENTALES Y FUNDAMENTOS DEL DERECHO

La pregunta de qué es el derecho puede ser respondida, en gran medida, explicando cómo se determina el derecho. Encontrar una respuesta a esta última pregunta puede conducirnos a cuestionarnos cómo una norma adquiere validez jurídica² o, de manera equiparable, cómo es que una proposición jurídica es verdadera.³ Por el momento, llamaré “tesis fundamentales del dere-

² Además de Jules Coleman, que en breve veremos, también puede consultarse a John Gardner, Scott Shapiro y Andrei Marmor (*cf.* John Gardner, *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 19-20; Scott Shapiro, *Legality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2011, pp. 8-12 (33-38); y Andrei Marmor, *Philosophy of Law*, Princeton, Princeton University Press, 2011, p. 126). De aquí en adelante, cuando se cite una obra extranjera y exista una traducción al español publicada, se colocará(n) entre paréntesis la(s) página(s) correspondientes de la versión en español (salvo que la traducción publicada admita serias controversias).

³ Así interpretan la cuestión principalmente Ronald Dworkin y Joseph Raz (*cf.* Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986, cap. 1 y Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*,

cho” a las propuestas explicativas que se han ofrecido o se pueden ofrecer al respecto.⁴ El positivista jurídico, John Austin, por ejemplo, afirmó que el derecho estaba constituido por mandatos generales emitidos por el soberano (alguien que habitualmente es obedecido y no obedece a nadie más). Si interpretamos que lo que Austin afirmaba era que las leyes adquirirían su validez jurídica en virtud de ser mandadas por el soberano, entonces estamos frente a una tesis fundamental del derecho. Otro ejemplo de tesis fundamental del derecho es la propuesta por el antipositivista jurídico, Ronald Dworkin. Mantuvo que las proposiciones de derecho “son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido, que proceso que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad”,⁵ ofreciéndonos, con ello, una explicación de qué hace que las proposiciones jurídicas sean verdaderas, una cuestión equiparable a la de la validez jurídica de las normas.

Estos ejemplos nos sirven para ilustrar propuestas de tesis fundamentales del derecho y, a su vez, también para considerar posibles fundamentos del derecho.⁶ Austin, por ejemplo, asume que los fundamentos del derecho son los mandatos del soberano y Dworkin, en cambio, afirma que dichos fundamentos no son esos hechos sociales, sino la mejor interpretación moral del derecho.⁷ El presente

Oxford, Oxford University Press, 1979, cap. 4). También se ha entendido de este modo a Hart y en general al positivismo jurídico (*cf.* Dennis Patterson, *Law and Truth*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 59 y 64).

⁴ Más adelante el concepto de tesis fundamental del derecho adquirirá mayor extensión.

⁵ Ronald Dworkin, *op. cit.*, p. 225 (164).

⁶ Por el momento, entenderé que los fundamentos del derecho son aquellas condiciones en virtud de las cuales una norma adquiere validez jurídica, o bien, una proposición jurídica es verdadera. Más adelante el concepto de fundamento del derecho adquirirá mayor extensión.

⁷ Según la exposición se debe distinguir entre tesis fundamentales del derecho y fundamentos del derecho. Dworkin mismo, así como importantes positivistas

artículo, sin embargo, no destaca ninguna importancia particular de alguna de estas dos propuestas, sino sólo la de funcionar como ejemplos introductorios de tesis fundamentales y fundamentos del derecho. El objetivo central de la exposición será, en cambio, discutir las tesis fundamentales del derecho que algunos positivistas jurídicos relevantes suponen. El desarrollo será como sigue: primero expondré algunas de las líneas centrales del positivismo jurídico estilo Hart y tres versiones de la tesis fundamental del derecho que plausiblemente podría asumir. En segundo lugar, argumentaré que dichas versiones son insuficientes para explicar el derecho. En tercer lugar, analizaré dos posibles enmiendas para un adecuado planteamiento, llegando, sin embargo, a la conclusión de que ninguna es satisfactoria. Finalmente, exploraré una consecuencia que un axioma sobre la verdad podría implicar para el positivismo jurídico estilo Hart, observando que los fundamentos del derecho que propone requieren alguna corrección.

II. LA TESIS FUNDAMENTAL DEL DERECHO ASUMIDA POR EL POSITIVISMO JURÍDICO ESTILO HART

Hart propuso una teoría del derecho basada en la observación de que existen dos puntos de vista que podemos tener frente a la regularidad de una conducta: el interno y el externo. El primero es aquel que tiene algún miembro de la comunidad al aceptar reglas.⁸ Y, el segundo aquel que tiene un espectador quien, aunque no

que se refieren explícitamente al tema, tales como Wilfrid Waluchow y Scott Shapiro, utilizan solamente la frase “fundamentos del derecho” (*grounds of law*) tanto para referirse a las tesis fundamentales del derecho como a los fundamentos mismos y dejan que el contexto aclare su significado (*cf.* Ronald Dworkin, *op. cit.*, pp. 3-6 (16-19); Wilfrid Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 9-11 (23-26) y Scott Shapiro, *op. cit.*, pp. 284-287 (347-350).

⁸ Casos claros que evidencian la aceptación de una regla como estándar de conducta son aquellos donde se usa para valorar la validez de otra regla o para valorar que alguien tiene una obligación o derecho subjetivo.

accepte una regla como estándar de conducta, puede, por ejemplo, observar que otros lo hacen o simplemente observar que existe una regularidad de conducta. Según Hart, ignorar el punto de vista interno es lo que mantenía oscurecido el concepto de derecho hasta entonces. Lo importante de este punto de vista, entre otras cosas, es que nos capacita para explicar la existencia de reglas jurídicas últimas en una sociedad; en especial de algo que Hart llamó la “regla de reconocimiento”, una regla secundaria de carácter social. Su carácter secundario se debe a que no trata de conductas sino de reglas, ya que tiene por objeto señalar los criterios del derecho válido; es decir, una sección paradigmática del derecho conformada, en especial, por reglas jurídicas primarias que señalan cómo se deben comportar aquellas personas sometidas a su jurisdicción. Y su carácter social se debe a que su existencia ocurre en virtud de una práctica: la regularidad de una conducta que aceptan, como pauta de comportamiento, los agentes pertinentes de una comunidad.⁹

Una observación importante que añade Hart a la existencia de los puntos de vista interno y externo es que entre nuestras expresiones han de distinguirse los enunciados jurídicos internos de los externos. El tipo de casos al que más recurre para ilustrar los primeros son los enunciados de validez jurídica que resultan de usar la regla de reconocimiento (o una regla identificada por ella). Un ejemplo sería: “La prohibición de conducir un vehículo a más de 80 km por hora es derecho válido”.¹⁰ Por otra parte, como enunciados jurídicos externos podemos considerar a aquellos que predicen

⁹ En los sistemas jurídicos nacionales modernos, que para Hart eran los casos paradigmáticos de derecho, los agentes pertinentes son los funcionarios (*officials*).

¹⁰ Hart sugiere que existen al menos tres tipos de enunciados jurídicos internos adicionales: i) aquel cuyos enunciados atribuyen una obligación jurídica a alguien (*cf.* H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2a. edición, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 56, 57, 89, 90 y 218 (71, 72, 112 y 269 de *El Concepto de Derecho*); ii) aunque no tan explícito en ello, otro sería aquel cuyos enunciados atribuyen un acto jurídico a alguien; y, iii) aquel cuyos enunciados adquieren autoridad definitiva (para estos dos últimos tipos, véase la discusión que Hart emprende contra

que frente a ciertas conductas ocurrirán ciertas reacciones hostiles o bien aquellos que describen que ciertos agentes mantienen el punto de vista interno respecto de alguna regla. Ejemplos de tales enunciados externos podrían ser, respectivamente, los siguientes: i) cuando se enciende la luz roja de un semáforo, los conductores detendrán sus vehículos; y ii) en México los funcionarios aceptan las normas creadas por los constituyentes originales que no han sido aún reformadas.

Nótese que esta clasificación no implica que toda regla apoyada por el punto de vista interno puede ser declarada a través de un enunciado jurídico interno; la regla de reconocimiento es un ejemplo de ello. Ya que su existencia sólo se puede explicar por la regularidad de una conducta y el punto de vista interno, se sigue que no existe una regla ulterior que pueda usarse para identificar la regla de reconocimiento como regla válida. Por esta razón, Hart enfatiza que la regla de reconocimiento no es válida ni inválida y que su existencia sólo puede expresarse a través de un enunciado jurídico externo.¹¹

un argumento del escepticismo ante las reglas, especialmente en Hart, *op. cit.*, pp. 141-144 (176-179 de *El Concepto de Derecho*).

¹¹ *Cfr. Ibidem*, pp. 110, 292 y 293 (137, 310 y 311 de *El Concepto de Derecho*). Raz mantiene la lectura de que los enunciados jurídicos internos de Hart expresan la aceptación de la regla sobre la que tratan (*cf.* Joseph Raz, “H. L. A. Hart (1907-1992)”, en *Utilitas*, vol. 5, n° 2, 1993, p. 148). Más recientemente, Kevin Toh interpreta que para Hart los enunciados jurídicos internos presuponen la aceptación de la regla sobre la que tratan. Toh se enfrenta con los pasajes de las páginas 110, 292 y 293 de *The Concept of Law* y, en su opinión, los encuentra incongruentes con otras partes de la obra de Hart, llegando a la conclusión de que es mejor ignorar esas afirmaciones (*cf.* Kevin Toh, “Hart’s Expressivism and his Benthamite Project”, en *Legal Theory*, n° 11, 2005, pp. 90-91; y, Kevin Toh, “An Argument against the Social Fact Thesis”, en *Law and Philosophy*, n° 27, 2008, parte XI). Me parece que Raz y Toh se equivocan, dado que la introducción de enunciados jurídicos internos no tiene, en la teoría de Hart, la función de explicar la expresión de aceptación de las reglas de la que ellos tratan, sino explicar cómo es que a través de ellos se muestra o expresa la aceptación de una regla distinta (en especial, la regla de reconocimiento) y cómo es que puede existir una enorme

De acuerdo con esta explicación, no sólo el punto de vista interno que un grupo de participantes puede tener sobre una regla de reconocimiento (o sobre cualquier otra regla) elucida el concepto de derecho, sino que, concomitante a ello, también los enunciados jurídicos internos que podemos formular en virtud de una regla de reconocimiento lo hacen. Este último tipo de enunciados logra su contribución en la elucidación del concepto de derecho dado que define la amplia sección del derecho conformada por las reglas de las que se predica validez jurídica,¹² y que está presente en los sistemas jurídicos nacionales modernos. Así, se puede entender que Hart mantuvo, como tesis fundamental del derecho, una que se puede expresar aproximadamente del modo siguiente:

T1 de Hart

Una regla es jurídicamente válida en una determinada comunidad, M, si y sólo si satisface ciertos criterios de validez jurídica.¹³

cantidad de reglas jurídicas antes de que puedan ser practicadas (*cf.* Hart, *op. cit.*, p. 256 (33 y 34 del *Post Scriptum al Concepto de Derecho*)).

¹² Los enunciados jurídicos internos hacen una contribución aún más amplia con el concepto de derecho, pues también definen los enunciados jurídicos internos de obligación y derecho subjetivo. Incluso, aunque menos explícitamente, todo indica que Hart supone que también definen los enunciados jurídicos internos que hacemos al mantener la ocurrencia de un acto jurídico. En la exposición central ignoraré estos dos últimos tipos de enunciados jurídicos internos. Por otro lado, tal vez la única parte en la que no contribuyen estos enunciados jurídicos internos en la elucidación del concepto de derecho es en la definición de la sección del derecho (si es que lo es) conformada por reglas sociales, como la regla de reconocimiento.

¹³ Hart mismo pareció siempre estar conforme con una teoría de la regla de reconocimiento que estableciera tanto condiciones suficientes como necesarias para la validez jurídica de las normas (*cf.* Hart, *op. cit.*, pp. 95, 103 (118, 128 y 129 de *El Concepto de Derecho*)). Shapiro también interpreta de este modo a Hart al mantener por un lado que “Cualquier norma que lleve una de las marcas de la autoridad establecidas en la regla de reconocimiento *es una norma [law] de ese*

Jules Coleman, un positivista jurídico incluyente, ha afirmado una tesis fundamental del derecho con la que plausiblemente Hart estaría de acuerdo. Coleman expresó su tesis del modo siguiente: “una regla es una regla jurídica si posee la característica C ; y un principio moral es un principio jurídico si posee la característica C_1 . La regla de reconocimiento entonces establece que una norma es jurídica si y sólo si posee C o C_1 ”.¹⁴ Si se quisiera equiparar esta tesis a la que he reconstruido de Hart, se podría reformular del modo siguiente:

T1 de Coleman

Una norma es jurídica (jurídicamente válida) en una determinada comunidad, M , si y sólo si posee la característica C o la característica C_1 , según lo estipule su propia regla de reconocimiento.

sistema” (Shapiro, *op. cit.*, p. 84 (120)); y, por otro, al decir que para Hart, una regla existe sólo en caso de que esté validada por la regla de reconocimiento (*cf.* Shapiro, *op. cit.*, p. 90 (127)). Kenneth Himma, por otra parte, considera que tanto el positivismo jurídico incluyente como el excluyente se caracterizan por la tesis de que “por cada proposición P , P es jurídicamente válida si y sólo si satisface los criterios articulados en la regla de reconocimiento convencional” (Kenneth Himma, “Inclusive Legal Positivism”, en Jules Coleman y Scott Shapiro (eds.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 143 (387)).

Por otra parte, una interpretación más amplia de T1 de Hart, podría incluir la consideración de enunciados jurídicos internos de obligación y derecho subjetivo, así como de actos jurídicamente válidos. Tal tesis podría ser la siguiente: una regla, obligación, derecho subjetivo o acto es jurídicamente válido en una determinada comunidad, M , si y sólo si satisface ciertos criterios de validez jurídica. Hago a un lado esta interpretación con el fin de facilitar la comprensión del problema central que pretendo mostrar.

¹⁴ Jules Coleman, “Negative and Positive Positivism”, en *The Journal of Legal Studies*, vol. 11, n° 1, 1982, p. 149 (la traducción es mía).

Donde C_1 es, para Coleman, algún criterio de validez jurídica no restringido a una fuente social.¹⁵

Joseph Raz, un positivista jurídico excluyente, consideró, en su famoso artículo “Legal Reasons, Sources and Gaps”,¹⁶ la posibilidad de una tesis fundamental del derecho parecida a la de Hart aunque con ciertas especificaciones: i) en lugar de enfocarse sobre las condiciones de validez jurídica de las normas, lo hizo sobre las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas y ii) restringe los criterios de validez jurídica de una norma (ahora criterios de verdad de una proposición jurídica) a fuentes sociales. Veamos:

Ensayo de Raz:

“ $S(p)$ es una condición lógicamente necesaria y suficiente para la verdad de p .

$S(\neg p)$ es una condición lógicamente necesaria y suficiente para la falsedad de p ”.¹⁷

Donde S es la propiedad de tener una fuente (*source*), por ejemplo, haber sido legislado, ser la *ratio decidendi* de una decisión pasada, etc. Y , por su parte, p es una variable que cubre proposiciones jurídicas; una de ellas podría ser que está jurídicamente prohibido conducir a más de 80 km por hora.¹⁸ Llamo a esta propuesta “Ensayo de Raz” porque no obstante su autor haya considerado estas tesis fun-

¹⁵ Coleman se explica del siguiente modo: “Supongamos que C_1 hace de la verdad moral una condición de legalidad, de modo que un principio moral no podría ser parte del derecho de una comunidad a no ser que fuera verdadero” (Coleman, *op. cit.*, p. 152, la traducción es mía).

¹⁶ Raz, *op. cit.*, *The Authority ...*, cap. 4.

¹⁷ *Ibidem*, p. 57 (82).

¹⁸ Más adelante se elaborará una distinción entre proposiciones sobre el derecho y, lo que llamaré, proposiciones jurídicas ordinarias; se comprenderá entonces que vale la pena interpretar que para Raz p es una variable que cubre proposiciones jurídicas ordinarias.

damentales como las más apegadas a la tesis de las fuentes,¹⁹ acabó prefiriendo otra propuesta que más adelante será abordada.

En parte debido a que estas tres formulaciones comparten la suposición de que existen reglas de reconocimiento que dan identidad a las distintas jurisdicciones y en parte como una estipulación, consideraré que las tres mantienen el estilo Hart. El aspecto que quisiera destacar de estas tres formulaciones es la suposición compartida de que la validez jurídica de una norma (o, en su caso, la verdad de una proposición jurídica) está relacionada de modo bicondicional con sus respectivos criterios: en los tres casos se mantienen condiciones necesarias y suficientes para la validez jurídica de una norma o la verdad de una proposición jurídica.

El positivismo jurídico estilo Hart, al plantearse de ese modo, logra algunos beneficios teóricos, en particular porque ofrece facilidades para explicar los casos de indeterminación jurídica. Un caso de estos puede formularse del siguiente modo: la norma, p' , no es jurídicamente válida y su negación, $\neg p'$, tampoco lo es; o bien, la proposición jurídica, p , no es verdadera y su negación, $\neg p$, tampoco lo es.²⁰ Según el positivismo jurídico estilo Hart, es lógicamente posible que ocurran casos de indeterminación jurídica al menos por dos razones:

- 1) Hart, por ejemplo, observó que dado que las reglas se expresan con términos clasificatorios generales, dejarán siempre una zona de penumbra, a la que llamó “textura abierta del lenguaje” y que actualmente puede ser entendida como vaguedad.²¹ Si se prohíbe la entrada de vehículos a un parque, la pregunta por la entrada de autos de juguete de propulsión eléctrica será un caso marginal y, por consiguiente, estará in-

¹⁹ Cfr. Raz, *op. cit.*, *The Authority ...*, p. 58 (84).

²⁰ Es decir: la proposición jurídica, p , no es verdadera ni falsa.

²¹ Cfr. Timothy Endicott, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 37 y 38 (73 y 74).

determinada la solución jurídica al respecto.²² En este tipo de casos el juez habrá de tomar una decisión discrecional que, aunque no sea arbitraria ni irracional, nunca dejará de ser una elección.²³

- 2) Aparte de la textura abierta del lenguaje o vaguedad, puede ocurrir (y con seguridad ocurre recurrentemente) que ninguna de dos normas contradictorias emane de los criterios que otorgan validez jurídica (o, en su caso, que ninguna de sus correspondientes proposiciones jurídicas lo haga).²⁴ Por tomar un ejemplo prestado de Raz, en Inglaterra no hay una fuente para la proposición jurídica o regla de que está prohibido matar mariposas, pero tampoco la hay para la proposición jurídica o regla de que está permitido.²⁵ Al aplicar las tesis fundamentales del positivismo jurídico a dichos hechos negativos se llega, por *modus tollens*, a la conclusión de que la proposición jurídica de que está prohibido matar mariposas no es verdadera (o que la norma prohibitiva no es válida) y que la proposición jurídica que permite matar mariposas

²² Este tipo de casos apelan a la filosofía del lenguaje de tradición semántica. Para una explicación típica aplicada al positivismo jurídico estilo Hart véase David Brink, “Legal Interpretation, Objectivity, and Morality”, en Brian Leiter (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 21 y 22.

²³ *Cfr.* Hart, *op. cit.*, cap. VII y p. 252 (28 del *Post Scriptum al Concepto de Derecho*).

²⁴ Coleman así entiende una de las consecuencias del positivismo jurídico: “sólo un número determinado de estándares posee C o C_1 de manera que puede surgir un caso en el que de acuerdo a la regla de reconocimiento no haya estándar jurídico alguno que sea idóneo o adecuado para su resolución” (Coleman, *op. cit.*, p. 149, la traducción es mía); insinuándolo como un caso de laguna jurídica (*cf.* *Idem*, nota 9).

²⁵ *Cfr.* Raz, *op. cit.*, *The Authority ...*, p. 55 (80). Aunque Raz utiliza este ejemplo para rechazar una interpretación del positivismo jurídico, aquí lo utilizaré para ilustrar que cierta manera de interpretar el positivismo jurídico (acorde con la que estoy explorando) implica casos de indeterminación que surgen por el espacio lógico que permiten sus tesis fundamentales.

tampoco lo es (o que la norma permisiva tampoco es válida); es decir, a una conclusión de indeterminación jurídica.

Obsérvese la importancia de introducir predicados como el de validez jurídica o el de verdad para evaluar normas o proposiciones jurídicas. Sin esos predicados (u otros que cumplan una función equiparable) no podríamos expresar con claridad un caso de indeterminación jurídica. Pensemos, por ejemplo, en el asunto de matar mariposas y tratemos de expresar que hay indeterminación jurídica pero sin esos predicados (o alguno semejante). Debido a esa restricción predicativa, sólo podríamos negar tanto la prohibición jurídica de matar mariposas como la permisión jurídica de hacerlo. Pero, como la negación de una prohibición es una permisión, se sigue que en realidad estamos expresando una contradicción jurídica, lo cual no es lo que queríamos expresar. Los predicados de validez jurídica y de verdad nos permiten expresar los casos de indeterminación jurídica sin confundirlos en absoluto con alguna contradicción jurídica.

Surge, sin embargo, el siguiente cuestionamiento: si el positivismo jurídico es una teoría que suministra las tesis fundamentales y los fundamentos de la validez jurídica de las normas o de la verdad de las proposiciones jurídicas, ¿a qué teoría entonces corresponde postular las tesis fundamentales y los fundamentos de las normas jurídicas o de las proposiciones jurídicas?

III. UNA INSUFICIENCIA DEL POSITIVISMO JURÍDICO ESTILO HART

He concluido el apartado anterior con una pregunta. Detallaré este cuestionamiento a través de nuestra intuición del concepto de respuesta jurídica correcta. Si las afirmaciones de validez jurídica de una norma o las de verdad de una proposición jurídica han de considerarse un tipo de respuestas jurídicas correctas, entonces, del mismo modo habría de decirse que las afirmaciones que niegan

validez jurídica a una norma o verdad a una proposición jurídica pertenecen al mismo tipo de respuestas jurídicas; en cuyo caso, las afirmaciones de indeterminación jurídica serían igualmente respuestas jurídicas correctas. Pero esto conduce a una perplejidad debido a que tales afirmaciones de indeterminación jurídica justamente declaran que hay algún caso que no tiene una respuesta jurídica correcta. De modo que si llegamos a una conclusión de indeterminación jurídica cabe preguntarnos ¿cuál es el caso que carece de una respuesta jurídica correcta? Y, concomitante a ello, ¿de qué modo entonces se determinan las respuestas jurídicas correctas del tipo del que justamente no hay ninguna para ese caso?

Ilustraré estos cuestionamientos con un ejemplo. Supongamos que nos preguntamos si matar mariposas está jurídicamente prohibido. Las tesis fundamentales examinadas del positivismo jurídico nos indican que esta pregunta la debemos interpretar como un cuestionamiento acerca de la validez jurídica de una norma o bien acerca de la verdad de una proposición jurídica. Nuestras respuestas a estos cuestionamientos pueden ser: i) la prohibición de matar mariposas entendida como una norma es jurídicamente válida (o, entendida como una proposición jurídica, es verdadera) o ii) la prohibición de matar mariposas entendida como una norma no es jurídicamente válida (o, entendida como una proposición jurídica, no es verdadera). Si ahora nos preguntamos por la permisón jurídica de matar mariposas, las mismas tesis fundamentales examinadas autorizan dos respuestas: i) la permisón de matar mariposas entendida como una norma es jurídicamente válida (o, entendida como una proposición jurídica, es verdadera) o ii) la permisón de matar mariposas entendida como una norma no es jurídicamente válida (o, entendida como una proposición jurídica, no es verdadera). De esta manera, las tesis fundamentales examinadas pueden explicar la ocurrencia de que ni la prohibición de matar mariposas, ni su permisón, sean jurídicamente válidas (o, entendidas como proposiciones jurídicas, pueden explicar que ninguna sea verdadera). Supon-

gamos que ocurre precisamente eso. Este tipo de respuesta, al estar suministrada por las tesis fundamentales del derecho examinadas, debe también considerarse como una respuesta jurídica correcta; pero, a su vez, lo que nos dice es que el derecho está indeterminado en algún punto. Entonces cabe preguntarnos, ¿cuál es el asunto que carece de respuesta jurídica correcta?²⁶ No puede ser el asunto de la validez jurídica de la prohibición de matar mariposas, ni el de la permisón de hacerlo (ni tampoco el de la verdad de esa prohibición y esa permisón, entendidas como proposiciones jurídicas), pues ya hemos avisto que esos asuntos sí tienen respuestas jurídicas correctas. ¿Qué es lo que el positivismo jurídico está pasando por alto?

Eugenio Bulygin ha proporcionado una respuesta ante cuestionamientos análogos a los que he formulado. En su opinión, hay dos tipos de enunciados asociados con el derecho: i) enunciados sobre el derecho y ii) enunciados sobre el carácter deóntico de una acción según el derecho. Si lo entiendo bien, los enunciados del segundo tipo (que en adelante llamaré enunciados jurídicos ordinarios)²⁷ se conforman simplemente de acciones evaluadas jurídicamente; por ejemplo: “Matar mariposas está jurídicamente prohibido”. La acción considerada es matar mariposas y su carácter deóntico es el de prohibición jurídica. En cambio, un enunciado del primer tipo es aquel que predica verdad a un enunciado o proposición jurídica ordinaria.²⁸ Considerando estos tipos de enunciados propone dos

²⁶ Para ver algunas interrogantes cercanas a ésta véase Andrei Marmor, *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 142 y 143.

²⁷ Entenderé que los enunciados jurídicos ordinarios significan, dependiendo de cómo se usen, una proposición jurídica ordinaria o una norma.

²⁸ Entenderé que los enunciados sobre el derecho significan proposiciones sobre el derecho. Por otra parte, aunque Bulygin no lo mencione, consideraré que también son enunciados del primer tipo aquellos que predicen validez jurídica a una norma; por ejemplo: “la prohibición de matar mariposas es jurídicamente válida”. Este tipo de enunciados los considero equiparables a los enunciados que predicen verdad de una proposición jurídica ordinaria porque en ambos casos sus negaciones lógicas no atribuyen ningún carácter deóntico jurídico a la acción

conceptos de determinación. Por un lado, hay determinación de los enunciados sobre el derecho y, por otro lado, lo que Bulygin llama la determinación del “resultado”, es decir, “la determinación de la solución que el derecho estipula para un cierto problema”²⁹ o caracterización deóntica unívoca de una acción. De estas observaciones podemos inferir una plausible respuesta que Bulygin podría proporcionar a los cuestionamientos que señalo. Tenemos que distinguir entre las tesis que determinan las proposiciones sobre el derecho de las tesis que determinan las normas o, en su caso, las proposiciones jurídicas ordinarias. Si las distinguimos tiene sentido decir que según las tesis fundamentales examinadas del positivismo jurídico se puede llegar a una conclusión de indeterminación (una proposición sobre el derecho) y, a su vez, explicar cuál es la cuestión que carece de respuesta jurídica correcta. Consideremos nuevamente el ejemplo de las regulaciones sobre matar mariposas. Si al aplicar las tesis fundamentales examinadas llegamos a la conclusión de que no es verdadero que esté jurídicamente prohibido matar mariposas y tampoco es verdadero que esté jurídicamente permitido matar mariposas (una proposición sobre el derecho, en particular, de indeterminación jurídica), aún queda espacio para mantener cuál es el caso que carece de respuesta jurídica correcta; a saber: el caso de si matar mariposas está jurídicamente prohibido

mencionada en el enunciado que niegan. En cambio, los enunciados jurídicos ordinarios, aunque tengan una formulación cercana a los enunciados que predicen validez jurídica a una norma, son en mi opinión distintos, porque sus negaciones lógicas sí atribuyen un carácter deóntico jurídico a la acción sobre la que tratan; negar, por ejemplo, que esté jurídicamente prohibido matar mariposas significa la afirmación de que está permitido hacerlo. De no haber comprendido adecuadamente a Bulygin, entonces su distinción no ayudaría a resolver el problema que señalo en la parte II del trabajo; pero sí lo podría hacer la distinción que equivocadamente estoy suponiendo como suya.

²⁹ Eugenio Bulygin, “Objectivity of Law in the View of Legal Positivism”, en Paolo Comanducci y Ricardo Guastini (eds.), *Analisi e Diritto*, Torino, Giappichelli, 2004, p. 224, la traducción es mía.

o no (sea que lo entendamos como un cuestionamiento por una norma o por una proposición jurídica ordinaria). Mismo que puede reformularse como un caso sobre si matar mariposas está jurídicamente prohibido o permitido.³⁰

Nótese que un asunto es el caso sobre *si es verdadero* que matar mariposas está jurídicamente prohibido o no; y, otro distinto, el caso sobre si matar mariposas está jurídicamente prohibido o permitido. Las posibles respuestas al primer caso son: a) es verdadero que matar mariposas está jurídicamente prohibido o b) no es verdadero que matar mariposas esté jurídicamente prohibido. En cambio, las posibles respuestas al segundo caso son: a) matar mariposas está jurídicamente prohibido o b) matar mariposas está jurídicamente permitido. Esta distinción es importante, pues mientras es consistente afirmar que no es verdadero que matar mariposas esté jurídicamente prohibido y, a su vez, que tampoco lo es que matar mariposas esté jurídicamente permitido; no es consistente, en cambio, afirmar que matar mariposas está jurídicamente prohibido y, a su vez, jurídicamente permitido. Cuando agregamos el predicado “es verdadero” a una proposición jurídica ordinaria (o cuando agregamos el predicado “es jurídicamente válida” a una norma) abrimos un espacio lógico que nos permite afirmar con consistencia que ciertos casos están indeterminados. Sin esos predicados, el espacio se cancela. Esto nos muestra una dimensión en la que podemos considerar los casos jurídicos, no como cuestiones sobre verdad o validez jurídica, sino como cuestiones del carácter deóntico jurídico que ciertas acciones tienen. El positivismo jurídico ha estado demasiado enfocado en proveer las tesis fundamentales de las proposiciones sobre el derecho; a saber, sobre qué justifica aplicar el predicado “es verdadero” a una proposición jurídica ordinaria o el predicado “es jurídicamente válida” a una norma, pero no nos ha dicho lo suficiente sobre las tesis fundamentales de las normas jurídicas o, en

³⁰ Esto debido a que la negación de una prohibición es una permisón.

su caso, de las proposiciones jurídicas ordinarias; es decir, sobre qué justifica que ciertas acciones tengan un carácter deóntico unívoco.

IV. EL FRACASO DE DOS ESTRATEGIAS DE SOLUCIÓN

A continuación se considerará dos posibles soluciones que el positivismo jurídico estilo Hart podría proveer para este problema. Sin embargo, se observará que ninguna es satisfactoria.

1. LA ESTRATEGIA POR SIMPLE ELIMINACIÓN DE LOS PREDICADOS “ES VERDADERO” O “ES JURÍDICAMENTE VÁLIDA”

Tal vez la primera solución que alguien se podría imaginar es postular tesis fundamentales similares a las examinadas, pero ahora para determinar los caracteres deóntico jurídicos que corresponden a las acciones; es decir, para determinar las normas jurídicas o las proposiciones jurídicas ordinarias. Piénsese, por ejemplo, en el planteamiento de Coleman. Sin tener que rechazar T1 de Coleman, podría agregarse la siguiente:

T2 de Coleman:

Una acción es jurídicamente obligatoria, prohibida o permitida en una determinada comunidad, M, si y sólo si la norma correspondiente posee la característica C o la característica C_1 , según lo estipule su propia regla de econocimiento.

Esta tesis es problemática porque implica que al considerar una norma cualquiera y su negación, necesariamente alguna estará respaldada por algún fundamento del derecho. Si, por ejemplo, la norma que prohíbe matar mariposas no posee ni la característica C ni la C_1 , entonces, por *modus tollens*, se seguirá la negación de la versión jurídica de dicha norma; es decir, que matar mariposas está

jurídicamente permitido y, por consiguiente, que esta última norma posee alguna de las características C o C_1 . Sin embargo, es perfectamente posible que una norma y su negación no posean ningún fundamento jurídico que las respalde.³¹

El mismo problema se presenta con una tesis complementaria al Ensayo de Raz. Supongamos que ésta fuera la siguiente:

Tesis complementaria al Ensayo de Raz:

$S(p)$ es una condición lógicamente necesaria y suficiente para p .

$S(\neg p)$ es una condición lógicamente necesaria y suficiente para $\neg p$.

Si p no tiene una fuente que la respalde, se seguirá $\neg p$, y de ésta última proposición, por *modus ponens*, se derivará que $S(\neg p)$. Lo cual expone que al considerar una proposición normativa cualquiera y su negación, necesariamente alguna estará respaldada por una fuente. Pero como se ha señalado, es perfectamente posible $\neg S(p)$ y $\neg S(\neg p)$.

2. LA ESTRATEGIA DE RAZ

La segunda solución fue ideada por Raz y aunque su exposición es algo compleja, vale la pena considerarla de principio a fin. Su propuesta parte de la premisa de que existen razones jurídicas concluyentes que dependen en su totalidad de fuentes (de fuentes que proveen razones jurídicas y de fuentes que señalan cuáles son concluyentes y cuáles no). Y, por otra parte, adopta la premisa de que también existen permisiones concluyentes, pero que ellas nunca de-

³¹ Críticas asociadas con está han sido expuestas por Raz y Dworkin (*cf.* Raz, *op. cit.*, *The Authority ...*, pp. 54 y 55 (79 y 80); y, Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985, pp. 131-134 (174-177).

penden de fuentes, más bien dependen de que no haya razones jurídicas concluyentes a favor de una acción u omisión.³² Por ejemplo, si queremos averiguar cuál es el carácter deóntico jurídico de la acción de matar mariposas, debemos preguntarnos si existen razones jurídicas concluyentes para realizarla o para no realizarla. Si esas razones jurídicas concluyentes para realizarla no existen, entonces no realizar la acción estará permitido jurídica y concluyentemente; si, a su vez, tampoco existen razones jurídicas concluyentes para no realizarla, entonces la acción estará permitida jurídica y concluyentemente (como consecuencia, la acción sería facultativa jurídica y concluyentemente).

En ese orden de ideas, las tesis fundamentales del derecho que finalmente propuso Raz fueron las siguientes:

$$\text{T1 de Raz} \quad (\exists s) s \text{ LR}_c x, \Phi \leftrightarrow \text{LR}_c x, \Phi^{33}$$

Donde $(\exists s) s \text{ LR}_c x, \Phi$ significa “Existe una s tal que s es una razón jurídica concluyente para que x haga Φ ”. Tesis a la que agregó (o de la que derivó, con apoyo de lógica deóntica estándar):

$$\text{T2 de Raz} \quad \sim \text{LR}_c x, \Phi \leftrightarrow \text{LPer}_c x, \sim \Phi^{34}$$

³² En ese sentido se aparta de la tesis de que la determinación del carácter deóntico jurídico de una acción sólo se deriva de presencia de una fuente (las permisiones concluyentes están determinadas por la falta de fuentes). Esto nos recuerda la propuesta de Hans Kelsen de que las regulaciones de un orden jurídico no sólo son positivas; sino también negativas. Kelsen afirmó que si una conducta no estaba prohibida, entonces estaba permitida de un modo negativo. Dicha permisión funcionaba como guía de conducta para un juez, por ejemplo, para absolver o rechazar una demanda (*cf.* Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, Ciudad de México, Porrúa, 1991, pp. 28-30 y 251-258).

³³ Obtenida por analogía de Raz, *op. cit.*, *The Authority ...*, p. 66 (92). Con esta tesis Raz está postulando una equivalencia entre lo que en mi opinión son proposiciones jurídicas de existencia (un tipo de proposiciones sobre el derecho) y proposiciones jurídicas ordinarias. Equivalencia que, en mi opinión, es el aspecto central de su propuesta.

³⁴ Raz, *op. cit.*, *The Authority ...*, p. 76 (105).

Si a T1 de Raz aplicamos una transposición y a la fórmula resultante junto con T2 de Raz aplicamos un silogismo hipotético, se sigue:

$$\text{T3 de Raz} \quad \sim(\exists s) s \text{ LR}_c x, \Phi \leftrightarrow \text{LPer}_c x, \sim\Phi$$

Lo que expresa el sentido en el que para Raz las permisiones jurídicas concluyentes nunca dependen de fuentes. Hasta aquí todo bien.³⁵ Pero parece que no hay espacio para ningún tipo de insuficiencia jurídica, pues o bien existirá una s tal que sea una razón jurídica concluyente para que x haga Φ o bien no existirá. De modo que o bien se requerirá concluyentemente que x haga Φ o bien se permitirá concluyentemente que no lo haga. Aunque esto evade el problema de la primera estrategia de que siempre existirá una fuente que respalde una proposición normativa ordinaria o su negación,³⁶ aún no explica cómo son posibles los casos de indeterminación jurídica.

La respuesta anticipada de Raz fue que su propuesta no eliminaba la posibilidad de los casos de indeterminación jurídica, pero que

³⁵ Jorge Rodríguez y Pablo Navarro en coautoría reconstruyen en términos parecidos la propuesta de Raz y le ven problemas a sus pretensiones. Expresan T2 de Raz de la siguiente manera: “ $\neg\text{LRp} \leftrightarrow \text{L}\neg\text{Rp}$ ” y la interpretan, primero, como una tesis cuyos componentes son proposiciones de pertenencia a un sistema jurídico, haciendo la observación de que no es una verdad lógica como Raz afirma (*cf.* Pablo Navarro y Jorge Rodríguez, *Deontic Logic and Legal Systems*, Nueva York, Cambridge University Press, 2014, pp. 163 y 164). Enseguida la interpretan como una tesis cuyos componentes son proposiciones de verdad de proposiciones de pertenencia a un sistema jurídico; en este caso, concluyen que lo que Raz afirma sí es una verdad lógica, pero que finalmente “no dice nada sobre la posibilidad de que ni Op ni $\neg Op$ pertenezcan a un sistema jurídico, de manera que p no esté regulada por el de derecho” (*Ibidem*, p. 166, la traducción es mía). En mi opinión, la primera interpretación de estos autores es correcta, pero están equivocados en que la fórmula de Raz no sea una verdad lógica; lo es una vez que consideramos T1 de Raz (una fórmula que pasan por alto estos autores).

³⁶ Lo evade porque, como se ha visto, para Raz las permisiones jurídicas concluyentes no están fundadas en fuentes, de modo que su propuesta no implica que una proposición normativa ordinaria o su negación forzosamente estén respaldadas por una fuente jurídica.

Una cuestión adicional sobre la que Raz no entra en mucho detalle es la de cuáles son las tesis básicas que nos autorizarían a inferir que $(\exists s) \sim LR_c x, \Phi$ no es verdadera ni falsa. Eso es algo que, para los presentes propósitos, podemos pasar por alto. Lo importante aquí es que la indeterminación es posible no porque falte cierta fuente; sino porque no es verdadero ni falso que exista cierta fuente. El Ensayo de Raz que vimos en la parte II muestra que uno de los proveedores de indeterminación jurídica era la ausencia de fuentes; ahora, en esta nueva propuesta, ese proveedor está desactivado: según T1 y T2 de Raz, que falte cierta fuente conduce a una permisón (concluyente); y, según T1' y T2' de Raz que sea verdadero que falta cierta fuente conduce a que es verdadero un enunciado jurídico ordinario permisivo. En ninguno de estos dos casos se presenta indeterminación alguna.

Sin duda es una propuesta admirable. Para evadir que la ausencia de fundamentos del derecho que determinan el carácter deóntico jurídico de una acción fuera imposible, Raz excluyó a las permisones jurídicas concluyentes de la tesis de las fuentes. Pero como eso no explicaba la indeterminación jurídica, porque ahora sería un enigma de dónde surgía y además se requería el concepto de verdad para explicarla; entonces agregó que también las fuentes podrían estar indeterminadas e insinuó las tesis adicionales 1' y 2' arriba especificadas donde se introducen proposiciones sobre el derecho.

Sólo surge una extrañeza con estas tesis fundamentales: parece contradecir la intuición del positivismo jurídico de que el derecho puede “callar”. Aunque Raz sólo dice que: “no hay lagunas cuando el derecho es mudo”,⁴¹ es de suponerse que en realidad quiso decir que el derecho ya *no puede* simplemente enmudecer, dado que los permisos concluyentes producto de la falta de fuentes apropiadas

estos autores, dado que $\sim LR_c x, \Phi \leftrightarrow LPer_c x, \sim \Phi$, todo indica que ellos no tendrían inconveniente en admitir $T \sim LR_c x, \Phi \leftrightarrow TLPer_c x, \sim \Phi$, que es justamente lo que propongo como T2' de Raz.

⁴¹ Raz, *op. cit.*, *The Authority ...*, p. 77 (105).

también son jurídicos.⁴² Las únicas lagunas que pueden ser el caso son aquellas que surgen cuando el derecho “habla con voz incierta (simple indeterminación) o habla con muchas voces (conflictos no resueltos)”.⁴³ Con ello Raz rechaza una buena intuición del positivismo jurídico, pero a cambio nos pide que consideremos la ventaja que supone su propuesta: se explica la intuición jurídica de que lo que no está prohibido está permitido;⁴⁴ pues si aceptamos su propuesta dicha intuición sería una verdad analítica.

No obstante la meticulosidad de esta propuesta, conduce a un problema. Éste se deriva de la, a veces olvidada, discreción afirmativa o explícita. Ésta consiste en una facultad concedida, por

⁴² John Gardner parece concordar con Raz en gran medida: “Cuando aquí hablo de ‘lagunas’, no quiero decir que el derecho guarda silencio en algunos casos. Las reglas de clausura (tales como: ‘todo lo que no está prohibido por el derecho, está permitido por el derecho’) son perfectamente aptas para evitar el silencio jurídico” (Gardner, *op. cit.*, pp. 34 y 35, la traducción es mía). Es destacable además que la regla de clausura que menciona es en su opinión una ley de la lógica deóntica (*cf. Idem*, nota 29).

⁴³ Raz, *op. cit.*, *The Authority ...*, p. 77 (105).

⁴⁴ El enunciado “lo que no está prohibido, está permitido” puede interpretarse de dos modos: como una ley de la lógica deóntica estándar que indica que la negación de una prohibición implica materialmente una permisón; o, como la afirmación de que la falta de una prohibición implica materialmente una permisón. La primera interpretación es inútil como regla de clausura jurídica, ya que lo que está en cuestión cuando se habla de lagunas jurídicas es lo que sucede cuando falta una prohibición y la lógica deóntica estándar no proporciona ninguna indicación al respecto. La segunda interpretación es más interesante porque surge la pregunta sobre la contingencia o necesidad de su verdad. Raz parece inclinarse por esta interpretación y, en consecuencia, nos está sugiriendo que dicha afirmación es una verdad analítica, incluso tal vez un candidato para ley de algún tipo de lógica deóntica. Gardner, por su parte, no necesariamente ha de ser considerado como partidario de la primera interpretación ya que sólo dice que se trata de una ley de la lógica deóntica sin aclarar si es de la lógica deóntica estándar o de alguna otra; si fuera esto último, Gardner estaría desarrollando la postura de Raz. Vale la pena recordar que Kelsen fue defensor de la afirmación de que lo que no está prohibido está permitido, sugerentemente bajo esta segunda interpretación (*cf. Kelsen, op. cit.*, pp. 28-30 y 251-258).

ejemplo, a un juez para que a su elección decida de un modo u otro cierto caso.⁴⁵ Podemos imaginarnos el caso hipotético donde un juez tiene discreción afirmativa para asegurar el cumplimiento de una obligación alimentaria. Supongamos que su discreción radica en solicitarle al deudor un depósito o bien su afianzamiento. Este tipo de discreción supone que las partes involucradas no tienen derechos ni obligaciones al respecto. No se puede decir que el deudor tenga la obligación de hacer un depósito, porque de tenerla, contradiríamos la hipótesis de la facultad judicial; lo mismo ocurriría si se afirma que el deudor tiene la obligación de afianzarse. Y, si se desea investigar, por el lado de los derechos del acreedor alimentario, tampoco se puede decir que tenga algún derecho a un modo específico de obtener una garantía, nuevamente porque de hacerlo contradiríamos la hipótesis de la facultad judicial. De esta manera la discreción afirmativa sobre el caso de los derechos y obligaciones del juez al resolver un caso de garantía alimentaria, implica indeterminación jurídica sobre el caso de los derechos y obligaciones de las partes involucradas respecto al tipo específico de garantía que ha de satisfacerse. Lo interesante de casos como este es que la ausencia de derecho parece deberse a un enmudecimiento de éste; que es concomitante a la discreción afirmativa que tiene el juez y no a una “voz incierta” o “multiplicidad de voces” del derecho.

El mismo problema puede verse desde otro punto de vista. Supóngase el mismo caso del deudor alimentario. Ahora aplíquense las tesis fundamentales del derecho de Raz a la cuestión sobre si el

⁴⁵ Aunque se encuentra muy difundida la distinción de Dworkin entre i) discreción débil como tener la decisión final de un caso; ii) discreción débil como tener que usar el discernimiento para resolver un caso; y, iii) discreción fuerte *por default* donde no hay estándares vinculantes para el decisor (pero tampoco una facultad); se ha olvidado que Dworkin en algún momento se refirió a la discreción afirmativa, al parecer, considerando que sus características distintivas son que surge de una facultad explícita y no se dice que, al utilizarla, los jueces hagan derecho (*cf.* Ronald Dworkin, “Judicial Discretion”, en *The Journal of Philosophy*, n° 60, 1963, p. 634, n. 6).

deudor tiene o no una razón jurídica concluyente a favor de hacer el depósito. No puede haberla, pues de existir contradiríamos la hipótesis de que el juzgador tiene discreción afirmativa. Ahora aplíquense nuevamente esas mismas tesis fundamentales a la cuestión sobre si el deudor tiene o no una razón jurídica concluyente a favor de no hacer el depósito. Tampoco puede haberla, porque de existir también contradiríamos la hipótesis de discreción afirmativa. De ello se sigue que el deudor tiene los permisos jurídicos concluyentes de hacer el depósito y de no hacerlo; lo cual equivale a una facultad jurídica para el deudor alimentario. Pero si el deudor está facultado a hacer el depósito, ¿cómo es posible que el juzgador tenga discreción entre exigir un depósito y exigir un afianzamiento? Para salir de este apuro Raz tendría que decir que el derecho de algún modo ha hablado con “voz incierta” o “multiplicidad de voces” sobre los derechos y obligaciones del deudor en lo que respecta al aseguramiento de su deuda, pero no se ve de dónde pueda sostenerse tal afirmación.

La discreción afirmativa muestra, en consecuencia, que no deja de tener sentido el concepto de indeterminación jurídica por silencio jurídico y evidencia que las tesis fundamentales de Raz, al no dar lugar a ello, no pueden ser correctas.

V. PROPOSICIONES SOBRE EL DERECHO Y LÓGICA DE LA VERDAD

En las partes precedentes del trabajo se ha expuesto que el positivismo jurídico estilo Hart tiene un problema en su planteamiento básico: sólo expone las tesis fundamentales para las proposiciones sobre el derecho y eso sólo logra explicar los fundamentos de dichas proposiciones. Pero, tal vez, esto no es del todo cierto. Resulta plausible pensar que las tesis fundamentales de las proposiciones sobre el derecho implican tesis fundamentales de las proposiciones jurídicas ordinarias. No parecería que alguien fuera coherente si afirma que es verdadero que está jurídicamente prohibido matar mariposas,

pero que no está jurídicamente prohibido matar mariposas; esto indica que hay una relación lógica de implicación material entre las proposiciones sobre el derecho y las proposiciones jurídicas ordinarias. Georg Henrik von Wright admitió la posibilidad de esta relación de implicación pocos años después de elaborar sus primeras lógicas de la verdad (*truth-logics*).⁴⁶ Dichas lógicas incorporan el operador de la verdad, en adelante T, que significa “es verdadero que” y, una de esas lógicas, llamada TLM, entre otros axiomas postula el siguiente:

$$A6. \quad Tp \rightarrow p^{47}$$

Que se lee del siguiente modo: “si es verdadero p, entonces p”, y expresa la relación de implicación material que he anunciado. Si aceptamos esta plausible relación lógica, entonces al positivista jurídico estilo Hart le bastaría con postular tesis fundamentales de las proposiciones sobre el derecho para implicar tesis fundamentales de las proposiciones jurídicas ordinarias. Retomemos el Ensayo de Raz. Recordemos que éste afirma que el hecho de que una proposición jurídica (ordinaria), p, emane de una fuente apropiada es condición necesaria y suficiente para que p sea verdadera. Esto lo podemos simbolizar del modo siguiente:

$$\text{Ensayo de Raz:} \quad Sp \leftrightarrow Tp$$

Donde S significa “tiene una fuente” y T es el operador de verdad (que significa “es verdadero que”). Al considerar la fórmula del Ensayo de Raz y A6 de TLM podemos llegar, por silogismo hipotético, a la conclusión de que el hecho de que una proposición jurídica ordinaria, p, tenga una fuente es condición suficiente para

⁴⁶ Para consultar sus primeras lógicas de la verdad véase Georg H. von Wright, *Truth, Knowledge and Modality*, Oxford, Basil Blackwell, 1984, pp. 26-36. Para consultar la introducción de esa relación de implicación véase *ibidem*, “Truth-logics”, en *Logique et Analyse*, n° 30, 1987, pp. 311 y 313.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 322.

que p . Es decir, a la tesis: $Sp \rightarrow p$. La cual puede considerarse una (o la) tesis fundamental de las proposiciones jurídicas ordinarias. De modo que después de todo el positivismo jurídico estilo Hart, al menos en la versión que interpreta sus tesis fundamentales con pretensiones de determinar la verdad de las proposiciones jurídicas ordinarias, plausiblemente implica una tesis fundamental para las proposiciones jurídicas ordinarias; precisamente la tesis que en la parte IV del artículo reclamaba por su ausencia.

Aunque esto puede sonar como un argumento favorable para ese tipo de positivismo jurídico, más bien funcionará como una objeción a los fundamentos del derecho que postula. Ahora que se ha visto que no sólo tiene sentido indicar las condiciones que determinan cuándo una norma adquiere validez jurídica, o bien, cuándo una proposición jurídica es verdadera, sino que también lo tiene señalar las condiciones que determinan el carácter deóntico jurídico de las acciones (es decir, la determinación de las proposiciones jurídicas ordinarias), se ha de reconocer que los fundamentos del derecho pueden ser entendidos más ampliamente como las condiciones que determinan ambas cuestiones.

El positivismo jurídico estilo Hart asume que existe la posibilidad de un sistema jurídico que señala, como esas condiciones (es decir, como fundamentos del derecho), a hechos sociales (legislación, decisiones judiciales pasadas, etc.).⁴⁸ Y esa posibilidad es todo lo que se necesita para mostrar que ese tipo de positivismo jurídico asume un grupo de afirmaciones patentemente falsas. Veamos:

Según lo que he dicho en esta parte del trabajo, el positivismo jurídico estilo Hart, al menos en la versión que interpreta sus tesis fundamentales con pretensiones de determinar la verdad de las proposiciones jurídicas ordinarias, supone dos tesis fundamentales. Para abreviar, recurriré a las versiones simbólicas antes expuestas:

⁴⁸ Esta afirmación es tan débil que constituye una tesis común para el positivismo jurídico incluyente y el positivismo jurídico excluyente.

$$T1 \text{ PJ: } Sp \leftrightarrow Tp$$

$$T2 \text{ PJ: } Sp \rightarrow p$$

Debemos advertir que una instancia de T2 PJ es:

$$T3 \text{ PJ: } S\neg p \rightarrow \neg p$$

De T2 PJ y T3 PJ se sigue:

$$T4 \text{ PJ: } (Sp \ \& \ S\neg p) \rightarrow (p \ \& \ \neg p)^{49}$$

Pero, dado que una tesis de lógica clásica es que: $\neg(p \ \& \ \neg p)$, de T4 PJ y dicha tesis de lógica clásica se deriva, por *modus tollens*, que:

$$T5 \text{ PJ: } \neg(Sp \ \& \ S\neg p)$$

Sin embargo, T5 PJ es evidentemente falsa: puede ocurrir que tanto p como $\neg p$ tengan una fuente. Visto de otro modo: T5 PJ niega la posibilidad de un sistema jurídico que señale como fundamentos del derecho a hechos sociales y , a su vez, que de estos emanen proposiciones jurídicas ordinarias contradictorias; en tanto que no hay nada en ninguno de los conceptos de las fuentes del derecho (legislación, decisiones judiciales pasadas, etc.) que cancele esa posibilidad.⁵⁰ Esto muestra que de ser verdadera T5 PJ, los fundamentos del derecho tienen que ser tales que su concepto evite la posibilidad de contradicciones jurídicas y , por consiguiente, que

⁴⁹ Esto puede demostrarse mediante una prueba condicional: se comienza por suponer $Sp \ \& \ S\neg p$. Se aplican dos eliminaciones de la conjunción para aislar tanto a Sp como a $S\neg p$. Estas dos afirmaciones junto con T2 PJ y T3 PJ, implican, por *modus ponens*, p y $\neg p$. Por introducción de la conjunción se sigue: $p \ \& \ \neg p$.

⁵⁰ El concepto de legislación, por ejemplo, no implica que es lógicamente imposible legislar p y $\neg p$. El positivismo jurídico estilo Hart al implicar la conclusión que todos los conceptos de las fuentes sociales contienen ese tipo de imposibilidades lógicas, contiene una serie de afirmaciones patentemente falsas.

el positivismo jurídico estilo Hart tiene que modificar o en su caso precisar aún más cuáles son los fundamentos del derecho.

VI. CONCLUSIONES

La parte III del trabajo expone una insuficiencia en el positivismo jurídico estilo Hart, a saber, que no proporciona las tesis fundamentales de las proposiciones jurídicas ordinarias. La parte IV expone dos estrategias para cumplir con esa tarea, pero, según se argumenta, ambas fracasan. Y, la parte V, trata con una estrategia más, encontrando que contradice la suposición del positivismo jurídico estilo Hart de que es posible un sistema jurídico cuyos fundamentos sean fuentes sociales. De estas conclusiones se puede extraer un dilema para los positivistas jurídicos estilo Hart: o reconocen que su teoría está incompleta por carecer de tesis fundamentales para las proposiciones jurídicas ordinarias o, al aceptar las tesis fundamentales que con ayuda del axioma $Tp \rightarrow p$ se derivan, admiten que los fundamentos del derecho que proponen no pueden ser sin más especificaciones las fuentes sociales que tradicionalmente han defendido (legislación, decisiones judiciales pasadas, etc.).

VII. FUENTES

1. BIBLIOGRAFÍA

BRINK, David, "Legal Interpretation, Objectivity, and Morality", en Brian Leiter (ed.), *Objectivity in Law and Morals*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001, pp. 12-65.

DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1985. (Versión en español: *Una Cuestión de Principios*, trad. Victoria Boschioli, Buenos Aires, Siglo XXI, 2012).

- , *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986. (Versión en español: *El Imperio de la Justicia*, 2ª edición, trad. Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1992).
- ENDICOTT, Timothy, *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000. (Versión en español: *La Vaguedad en el Derecho*, trads. Alberto del Real y Juan Vega, Madrid, Dykinson, 2006).
- GARDNER, John, *Law as a Leap of Faith: Essays on Law in General*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. edición, Oxford, Oxford University Press, 1994. (Versión en español: *El Concepto de Derecho*, 2a. edición, trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995 y *Post Scriptum al Concepto de Derecho*, trad. Rolando Tamayo, Ciudad de México, UNAM, 2000).
- HIMMA, Keneth, "Inclusive Legal Positivism", en Jules Coleman y Scott Shapiro (eds.), *Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2002, pp. 125-165. (Versión en español: "Positivismo Jurídico Incluyente", trad. Pedro Villarreal, *Problema: Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, n° 8, 2014, pp. 353-430).
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto J. Vernengo, Ciudad de México, Porrúa, 1991.
- MARMOR, Andrei, *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Oxford University Press, 2001.
- , *Philosophy of Law*, Princeton, Princeton University Press, 2011.
- NAVARRO, Pablo y Jorge Rodríguez, *Deontic Logic and Legal Systems*, Nueva York, Cambridge University Press, 2014.
- PATTERSON, Dennis, *Law and Truth*, Oxford, Oxford University Press, 1996.
- RAZ, Joseph, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1979. (Versión en español: *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral*, trad. Rolando Tamayo, Ciudad de México, Ediciones Coyoacán, 2011).
- SHAPIRO, Scott, *Legality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2011. (Versión en español: *Legalidad*, trad. Diego Papayannis y Lorena Ramírez, Madrid, Marcial Pons, 2014).

- VON WRIGHT, Georg H., *Truth, Knowledge and Modality*, Oxford, Basil Blackwell, 1984.
- WALUCHOW, Wilfrid, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford, Oxford University Press, 1994. (Versión en español: *Positivismo Jurídico Incluyente*, trad. Marcela Gil y Romina Tesone, Madrid, Marcial Pons, 2007).

2. HEMEROGRAFÍA

- BULYGIN, Eugenio, “Objectivity of Law in the View of Legal Positivism”, en Paolo Comanducci y Ricardo Guastini (eds.), *Analisi e Diritto*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 219-227.
- COLEMAN, Jules, “Negative and Positive Positivism”, en *The Journal of Legal Studies*, vol. 11, n° 1, 1982, pp. 139-164.
- DWORKIN, Ronald, “Judicial Discretion”, en *The Journal of Philosophy*, n° 60, 1963, pp. 624-638.
- MORESO, Juan *et al.*, “Sobre la Lógica de las Lagunas en el Derecho”, en *Crítica: Revista Hispanoamericana de Filosofía*, vol. 33, n° 99, 2001, pp. 47-73.
- RAZ, Joseph, “H. L. A. Hart (1907-1992)”, en *Utilitas*, vol. 5, n° 2, 1993, pp. 145-156.
- TOH, Kevin, “Hart’s Expressivism and his Benthamite Project”, en *Legal Theory*, n° 11, 2005, pp. 75-123.
- , “An Argument against the Social Fact Thesis”, en *Law and Philosophy*, n° 27, 2008, pp. 445-504.
- VON WRIGHT, Georg H., “Truth-logics”, en *Logique et Analyse*, n° 30, 1987, pp. 311-334.

MITO, ESTADO Y DERECHO

ALBERTO J. MONTERO¹

RESUMEN: En este ensayo nos proponemos identificar y explicar la importancia que tienen algunos mitos que son presupuestos en el derecho (entendido en su doble acepción: 1) como orden normativo e instituciones jurídicas, así como 2) ciencia o jurisprudencia) y el Estado modernos, los cuales fueron resultado de un proceso de larga duración que ocurrió entre los siglos XVI y XIX, tiempo en el que centramos nuestra atención. El objetivo es contribuir al esclarecimiento de los procesos constitutivos del orden establecido en el siglo XIX, conocido como Estado de derecho.

PALABRAS CLAVE: *ciencia, contractualismo, derecho, Escuela de Frankfurt, Estado, legitimidad, mito, modernidad, poder político, teoría crítica.*

ABSTRACT: This paper identifies and describes the importance of some myths that are assumed by law (understood as the normative framework and legal institutions, as well as science and jurisprudence) and the modern state. The paper focuses on the long-term process from the 16th to the 19th centuries; the paper focuses on this period. The main goal is to elucidate the process which lead to the establishment of the paradigm known as rule of law, during the 19th century.

KEYWORDS: *science, contractualism, law, Frankfurt School, state, legitimacy, myth, modernity, political power, critical theory.*

¹ Para la realización de este ensayo conté con el siempre incondicional apoyo de mi esposa Alma, de mis hijos Grecia y Mateo, a quienes lo dedico. Algunas de sus partes han sido discutidas con mis alumnos de los cursos de Teoría y Filosofía del Derecho a quienes agradezco sus observaciones y comentarios.

Profesor de carrera de tiempo completo definitivo en el área de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Correo electrónico: <amontero@derecho.unam.mx>.

SUMARIO: I. Introducción; II. Teoría tradicional; III. Teoría crítica; IV. La formación de los mitos; V. Mito y Estado; VI. Mito, ciencia y derecho; VII. Las fuerzas desatadas cobran vida propia y se vuelven contra sus creadores; VIII. Conclusiones. IX. Fuentes.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la antigüedad los mitos han formado parte de la cultura, ha existido un proceso de sustitución y renovación de los mitos en el que lo viejo nunca desaparece del todo, permanece en ocasiones bajo nuevas formas o en otras versiones.

Entre las funciones que el mito ha desempeñado, en este trabajo me ocupo de dar cuenta de aquella que justifica un orden establecido, es decir, legitima la estructura social, sus instituciones y operatividad, las relaciones de poder, así como el lugar que cada persona ocupa en él.

Al iniciar la escritura de este ensayo, el cual en gran parte es deudor de las ideas expresadas por filósofos como Max Horkheimer, Theodor Adorno, Herbert Marcuse, Walter Benjamin y Ernst Cassirer, la pretensión consistió en desvelar lo que yace detrás del orden imperante, de esta manera surgió el tema del mito. Aunque los mitos recorren la historia de las civilizaciones occidentales, es en la modernidad donde centro mi atención, ello se debe a que fue en este período en el que se crearon las estructuras e instituciones del Estado y el derecho que hoy en día prevalecen; y aquellas que denominamos con nombres semejantes a los antiguos, fueron resignificadas, por lo que en realidad son modernas.

El mito² adquirió en la modernidad su forma más característica: la de ser la razón ordenadora, el paradigma del saber (*episteme* y

² Mito entendido como el “relato de algo fabuloso supuestamente acontecido en un pasado remoto y casi siempre impreciso [...] O como un supuesto cultural, cuyo contenido puede ser falso o no corresponder a algo que efectivamente haya ocurrido”. Vid. FERRATER Mora, José, *Diccionario de filosofía*, tomo III (K-P), Edito-

aletheia), a la vez que se convirtió en la ideología que permeó en el pensamiento, teoría y praxis política y jurídica.³ Su carácter eminentemente narrativo y simbólico quedó a buen resguardo en el discurso científico moderno, el cual le otorgó la investidura de objetividad, demostrabilidad y aceptabilidad que toda proposición científica o que se jacta de serlo posee.

El carácter narrativo del mito también lo vincula a la historia y la literatura; en el sentido de que se ubica en el presente y pasado o se refiere a él y, en ocasiones se construye desde la ficción, aunque no es irracional o meramente ficticio.⁴ Está creado para dar cuenta de manera atemporal del orden establecido y, constituye en sí una explicación del mundo.

La forma que el mito ha adquirido hace muy difícil que alguien pueda desconfiar de él, la más de las veces es aceptado acríticamente, sin someterlo a ningún análisis o procurar desentrañar su contenido y propósito, por lo que en pocas ocasiones nos damos a la tarea de indagar lo suficiente para descubrir que las diversas explicaciones racionales y científicas tienen un límite, y que superando este, desvelamos

rial Ariel, Barcelona, 3 reimpresión 2004, p. 2422-2423. *cf.* FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía*, tomo IV (Q-Z), Editorial Ariel, Barcelona, 3 reimpresión 2004, p. 3281.

Signo como una señal no natural o convencional a la que se atribuyen ciertos significados.

³ El mito también puede ser entendido como “la oscura sombra que el lenguaje proyecta sobre el mundo del pensamiento humano [...] Si se reconoce que el lenguaje es la fuente del mito, entonces hasta las incongruencias y contradicciones del pensamiento mítico quedan reducidas a un poder universal y objetivo, por tanto enteramente racional [...] el mito no solamente está muy alejado de la realidad empírica; en cierto sentido, está en flagrante contradicción con ella [...] el mito es una objetivación de la experiencia social, no de su experiencia individual”. *vid.* CASSIRER, Ernst, *El mito del Estado*, trad. Eduardo Nicol, FCE, décima reimpresión, 2004, Mexico, 2004, pp. 27, 29, 58 y 60.

⁴ GUZMÁN, Francisco, 2011, “Del mito al logos: ¿Desplazamiento a la edad de la razón? En *Revista Filosofía UIS*, vol. 10, número 2, p. 149, consultada en: <<http://revistas.uis.edu.co/index.php/revistafilosofiauis/article/view/2848>>.

al mito que subyace en ellas. Mostrar los límites del pensamiento y descubrir los mitos, sin embargo, es correr el peligro de caer en la paradoja de que solamente es esto posible desde el propio horizonte del pensamiento, por lo que podemos incurrir en una circularidad cuyos presupuestos son admitidos sin someterlos a la crítica.

La teoría crítica se nos presenta como una herramienta teórica con la que podemos evitar esta circularidad de la razón. La pregunta puede ser formulada de la siguiente forma: ¿cómo es que la teoría crítica puede constituir un bastión para desentrañar el contenido mítico que subyace en las ideologías y saberes contemporáneos?; y si lográramos esto, ¿en qué sentido la teoría crítica contribuiría a la transformación de nuestra visión de mundo?

La respuesta a ambas preguntas se otorgan en el desarrollo de este ensayo, aunque antes de ello, es necesario advertir que incluso el pensamiento crítico corre el riesgo de instrumentalizarse cuando se tecnifica. Sin percatarnos cómo ocurre, la teoría crítica puede comenzar a servir a los intereses que sostienen al orden establecido; ser subsumida como un elemento más al servicio del *status quo*. Iniciaremos por volver a un momento previo de la teoría crítica, a la teoría tradicional.

II. TEORÍA TRADICIONAL

La teoría tradicional se caracteriza por ser un sistema de saberes explicativos y, en ocasiones, dogmáticos, que dan cuenta de algo; por lo regular establecen relaciones de inferencia entre los supuestos y sus conclusiones. Esta forma de la teoría, a su vez se caracteriza por la producción de saberes con un objetivo: el que los conocimientos sean útiles; esto es, que el saber teórico devenga en un hacer práctico, el cual sirva a los fines del desarrollo técnico e industrial; con la particularidad de que es la industria la que, en gran medida, demanda y determina los saberes que han de privilegiarse en demérito de otros.

La teoría crítica se diferencia de la anterior en el sentido de no estar sometida a las necesidades del mercado, ni estar dirigida a la producción de saberes utilitarios; sus puntos de partida están constituidos por lo humano, sus circunstancias, necesidades, fragilidad y finitud; por ello, es que se ocupa de dar cuenta de todo aquello que tiene injerencia y produce efectos negativos en lo humano, aun cuando ello no resulte evidente.

Estas dos formas de la teoría son diferentes, aunque en algunos casos desafortunados, la teoría crítica puede dar lugar a la teoría tradicional. Puede ser el caso de aquella teoría que tiene su punto de partida en la realidad, en los problemas tangibles a los que busca solución. Realidad de la cual se aleja paulatinamente hasta llegar a contenidos puramente abstractos y formales, en los que la realidad no es sino un referente lejano a la cual solamente puede volver como ciencia aplicada, pero al hacerlo los contenidos materiales son ignorados.

Es un saber formal, procedimentalizado, los contenidos ético-materiales han dejado de ser considerados,⁵ por lo que ese tipo de saber no tiene inconveniente alguno en renunciar a los límites establecidos desde el horizonte ético-humano. Este saber se conforma con satisfacer las exigencias del propio sistema de saberes al cual pertenece, su validez se basa en su coherencia lógica y estructural, no en las consecuencias negativas que pueda producir, es allí donde el horizonte crítico se vuelve necesario.

El saber tradicional posee un carácter inofensivo en las disciplinas formales (aquella cuyos objetos de investigación son entes ideales), siempre que las acciones se mantengan en un elevado grado de abstracción. Sin embargo, en las humanidades y ciencias sociales, en el que los saberes poseen un carácter explicativo y operativo, disociar los aspectos formales de los contenidos materiales, es perder

⁵ DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación. En el momento de la globalización y de la exclusión*. Madrid, Trotta, 1998, p. 104.

de vista que las acciones y decisiones tienen un efecto en las vidas de seres humanos.

La teoría tradicional no da cuenta, en muchos de los casos, de las relaciones complejas que pueden existir entre lo abstracto de la teoría y los efectos prácticos que esta produce, no porque no estén implícitos en ella los problemas éticos, sino en gran medida es debido a la confusión existente entre el conocimiento científico y el político en las sociedades industriales modernas en las que la ciencia y la técnica devienen en un tipo de ideología falsamente presentado con el estatus de un saber superior a cualquier otro.⁶ En la ciencia como ideología los criterios respecto de lo que es fácticamente posible y lo que es éticamente permisible, se diluyen.

Esta manera de proceder de la teoría tradicional puede remontarse a Descartes⁷ y hasta Kant, en quienes la razón práctico-formal prevalece respecto de la razón práctico-material.⁸ La desmaterialización del saber y la formalización de la ética son corolarios del sujeto trascendental, las categorías *a priori*, la estructura ética del sujeto trascendental y las leyes morales *a priori* universales. Por lo que la ética termina siendo un razonamiento formal-procedimen-

⁶ PEÑA, J., “¿Es el conocimiento científico, superior a los otros saberes humanos?” en *Utopía y praxis latinoamericana*, No. 46. p. 140, consultada el 14 de junio de 2017 en el sitio: <<http://www.redalyc.org/pdf/279/27911855011.pdf>>.

⁷ “Yo era una sustancia cuya esencia o naturaleza es pensar, y que, para existir no tiene necesidad de lugar alguno ni depende de ninguna cosa material, de suerte que este yo, es decir, el alma por la que soy yo lo que soy, es enteramente distinta del cuerpo, e incluso que es más fácil de conocer que él y que, aunque no existiese, el alma no dejaría de ser como es.” *Vid.* DESCARTES, René, *Discurso del método*, historia de la literatura. No. 11, Barcelona, RBA Editores, 1994, p. 27.

⁸ KANT, Immanuel, *cf.* los dos prólogos y la introducción de la *Crítica de la razón pura*, traductores Manuel García Morente y Manuel Fernández Núñez, México, colección Sepan cuantos no. 203, Editorial Porrúa, 13ª edición 2005, p.p. 5 a 43.

tal-lógico, separado de los contenidos materiales, los cuales se presuponen aunque no poseen un carácter relevante.⁹

La tarea de la teoría crítica es incluir en sus investigaciones a los sujetos materiales, y a los referentes ético-concretos; así como distinguir entre lo fácticamente posible y lo éticamente debido. La teoría crítica requiere comprender y explicar los procesos de contradicción y cambio de la realidad, así como crear los instrumentos teóricos que permitan su comprensión. Que todos sus procesos comprensivos-explicativos y luego operativos estén soportados en los datos empíricos que le proporcionen las ciencias sociales y humanidades, por lo que su labor es más compleja.

III. TEORÍA CRÍTICA

A la teoría crítica que me referiré en este ensayo, es aquella que en las primeras décadas del siglo pasado cuestionó a la razón ilustrada y los ideales que algunos de los pensadores de esa época enarbolaron, en especial, aquellos ideales de progreso (no es el caso del *quialismo* o progreso moral),¹⁰ así como la convicción de que los saberes científicos nos procurarían mayores libertades e incidirían favorablemente en un orden más equitativo. También, vuelvo la mirada crítica a los más elevados valores y fines que han servido para justificar y legitimar al Estado-nación y al derecho en el siglo XIX, tales como: el tránsito del estado de naturaleza a la sociedad civil,

⁹ KANT, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, trad. de G. Lizárraga. España, Librería de Victoriano Suárez, p.p. 5-60.

¹⁰ Estas ideas pueden leerse en Kant en los siguientes términos: por una parte el papel fundamental que tiene la administración universal del derecho a cargo de la sociedad civil, idea expresada en el quinto principio, así como el progreso con un carácter asintótico como desarrollo moral de las sociedades humanas, denominado *quialismo*, desarrollado en el octavo y último principio, *cf.* KANT, Immanuel, *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre filosofía de la historia*, trad. Concha Roldán Panadero et. Al., Editorial Tecnos, 2ª edición 1994, Madrid, p.p. 10 a 23.

el contrato social y la soberanía, con el propósito de repensarlos y desvelar los mitos que detrás de ellos podemos encontrar.

A partir de una concepción más amplia de la teoría crítica, cuestiono algunas maneras de hacer filosofía hegemónica y excluyente; las cuales se caracterizan por legitimar y justificar el orden de las cosas y por haber erigido a la razón eurocéntrica¹¹ no sólo como su tribunal, sino, como el referente para determinar todo aquello que sea filosofía. Al respecto, la teoría crítica se cuida de incurrir en actitudes semejantes a aquellas que cuestiona, procura basarse estrictamente en los procesos sociales, y con base en ello desentrañar las causas y *modus operandi* del sistema económico y social, así como del Estado, y su función como conservadores del orden actual.

En los sistemas e instituciones antes mencionados existen hechos que son asumidos acríticamente como verdaderos,¹² la función de la razón crítica es mostrar su carácter mítico y responder a las preguntas fundamentales de por qué, para qué y cuáles intereses subyacen a las acciones y decisiones que cotidianamente se nos presentan como razonables, necesarias o inevitables. De ninguna manera puede permitir que la realidad se mistifique o se incurra en un juego de palabras que encubra nuevamente lo puesto a la vista. Con este propósito la razón da lugar a la teoría crítica¹³ como aquella que

¹¹ AMIN, Samir, *El eurocentrismo. Crítica de una ideología*, trad. de Rosa Cusminsky. México, Siglo XXI Editores, 1989, p. 9.

¹² Entendida la verdad como: 1) aproximación a ella y no como algo absoluto y, 2) la forma idónea de explicar los hechos. Recordemos las críticas demoleadoras de Nietzsche a la arrogancia de quienes pretendieron estar en posesión absoluta de la verdad en NIETZSCHE, Friedrich, *Introducción teórica sobre la verdad y la mentira en el sentido extra moral. El libro del filósofo seguido de retórica y lenguaje*, Madrid, Taurus, 1974, p.p. 85-87.

¹³ Se contraponen la teoría tradicional a la teoría crítica; la primera de ellas la explica Horkheimer como “la acumulación del saber que se vuelve utilizable para caracterizar los hechos de la manera más acabada posible (la matematización de los saberes) a grado tal que en lugar de objetos experimentales aparecen símbolos matemáticos, por lo que la elaboración de la teoría se ha vuelto una tarea matemática”; en cambio, la teoría crítica se caracteriza por: “[...] responder a la noción

ve lo que no es visible, desvela lo que está detrás del mito, al tiempo que asume el compromiso ético con la comunidad conculcada o excluida.¹⁴

La teoría crítica lo es también respecto de sí misma, y de las conclusiones a las que llega luego de estudios minuciosos sobre los procesos sociales, económicos y políticos. Uno de sus bastiones filosóficos es el marxismo, que a su vez es una de las vetas de los filósofos de la primera generación de la Escuela de Frankfurt.¹⁵ Sus principales instrumentos teóricos con los cuales desentraña las razones e intereses que participan en los complejos procesos de pensamiento, económicos, sociales y culturales, son las herramientas forjadas desde la historia, la sociología, la política, el arte y la economía, a las cuales incorporamos al derecho.

De tal manera que la postura crítica que en este texto se sostiene y argumenta no es aquella que entendemos conforme al uso coloquial de la palabra: 5. adj. Inclinado a enjuiciar hechos y conductas generalmente de forma desfavorable,¹⁶ sino, la que coloca en situación de crisis al pensamiento y a la praxis instrumental del aquí y ahora.

Cuando afirmamos que la teoría crítica tiene un compromiso social, enfatizamos una diferencia con la teoría tradicional; la cual legitima al *status quo*. Uno de los compromisos de la teoría crítica es la transformación de las relaciones sociales (económicas, culturales,

de hombre y naturaleza ya presente en la ciencias y en la experiencia histórica [...] Deduce sus enunciados de las situaciones reales y de conceptos universales básicos [...] La teoría crítica no posee más interés que la supresión de la injusticias sociales". *vid.* HORKHEIMER, Max, *Teoría Crítica*, trad. Edgardo Arvizu y Carlos Luis, 3ª reimp., Buenos Aires Argentina, Amorrortu, 2003, p. 223-271.

¹⁴ *Cfr.* DUSSEL, Enrique, *Ética de la liberación. En el momento de la globalización y de la exclusión*, Madrid España, Trotta, 1998, pp. 505-536.

¹⁵ Me refiero a Theodor Adorno, Max Horkheimer y Herbert Marcuse, *op. cit.*

¹⁶ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, [en línea] voz: crítico-ca, en: <<http://dle.rae.es/?id=BKJHGzW>> [consultado: 7- febrero -2017].

jurídicas, etc.) y del sistema vigente, transformación que va de la periferia al centro, revirtiendo los valores, ideologías y verdades, para establecer un distinto orden de las cosas.

Es de admitir que la teoría crítica no es solamente colocar en crisis a la teoría tradicional, sino, tiene un carácter creador, en este sentido, es *episteme*, *praxis* y *tecné*.¹⁷ Diferencia esencial con la teoría tradicional, la cual se funda en la separación entre ser y pensar cartesiana, en la que se disocia la práctica de la reflexión ética.¹⁸

IV. LA FORMACIÓN DE LOS MITOS

Una obra de referencia para este ensayo, es *Dialéctica de la ilustración*, en la que sus autores, en relación al pensamiento ilustrado y los mitos, afirman lo siguiente: 1) “el mito es ya ilustración, la ilustración vuelve a convertirse en mitología” y 2) “[...] el dominio de todo lo que es natural en el sujeto dueño de sí concluye justamente en el dominio de la objetividad y de la naturalidad más ciega”.¹⁹

Estas tesis se resuelven de la siguiente manera: el pensamiento crítico a pesar de su carácter transformador, tiene una fuerte tendencia a consolidarse como imagen del mundo una vez logrado, a permanecer inmutable subsumiendo en sí todo aquello que contribuya a su sostenimiento, haciéndolo aparecer por nuevo. De igual forma ha ocurrido con la teoría tradicional, cuyo carácter revolucionario lo tuvo cuando en disputa contra las antiguas concepciones que lo precedieron fueron liquidadas y sus restos subsumidos en su propio cuerpo. Sin embargo, dado que los procesos de sustitución

¹⁷ *vid.* GONZÁLEZ, Juliana, *Ética y libertad*, 2a. reimp., México, Fondo de cultura económica-UNAM, 2007, p. 60.

¹⁸ RORTY, Richard, *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, trad. Jesús Fernández, Madrid España, Cátedra, 1995, pp. 25 a 30.

¹⁹ HORKHEIMER, Max y Theodor Adorno, *Dialéctica de la Ilustración*, trad. SÁNCHEZ, Juan José, 3a. ed., Madrid España, Trotta, 2008, p. 11.

son de larga duración,²⁰ es apenas perceptible cómo se pasa de un carácter revolucionario-transformador a uno conservador-legitimador. Sin embargo, existen momentos de ruptura que indican un quiebre en el camino, puntos de partida para nuevos horizontes; tales momentos marcan los nuevos derroteros y se constituyen en pilares de la nueva imagen del mundo.

Uno de esos cambios fundamentales ocurrió en la modernidad, entre los siglos XVI y XVII, en los cuales se establecieron los nuevos fundamentos que posibilitaron la revolución en los ámbitos científico, social e institucional; lo cual ocurrió en gran medida gracias al desarrollo de las ciencias naturales y la importancia que adquirió en la producción de saberes el método científico experimental.²¹ Método y saberes que se erigieron en el paradigma y criterio de verdad de la ciencia moderna, desplazando a las antiguas concepciones “científicas” de mundo que coincidían con la teología; entre las ideas más conocidas acordes con una concepción divina del universo que fueron desplazadas, destaco dos: en la astronomía, la sustitución de la explicación del sistema planetario conforme a un modelo geocéntrico que coincidía con la teología, por un modelo heliocéntrico y; en la teoría del conocimiento, la demostración de que lo que “sabemos” mediante los sentidos no es fiable, por ello, la búsqueda de un fundamento seguro del conocimiento en el *cogito*, la extensión y Dios.²²

Basten esos ejemplos para mostrar que la idea de mundo estaba modificándose y, detengámonos a analizar el surgimiento de un nuevo orden político-jurídico-social a partir de la conformación del Estado-nación.

²⁰ ECHEVERRÍA, Bolívar, *¿Qué es la posmodernidad?, cuadernos del seminario de modernidad: versiones y dimensiones*, cuaderno 1, UNAM, México, 2009, p. 8.

²¹ Respecto de la separación entre humanismo y ciencia, así como el ideal científico de la modernidad, *vid.*, STRAUSS, Leo, “Ciencia social y humanismo” en *El renacimiento del racionalismo político clásico*, Buenos Aires, Amorrortu Editores, 2007, p.p. 53-55.

²² *Cfr.* DESCARTES, René, *Meditaciones metafísicas*, trad. Jorge Aurelio Díaz, España, Editorial Gredos, 2010, p.p. 1-18.

V. MITO Y ESTADO

Desde el punto de vista que en este trabajo se sigue, es posible advertir el carácter mítico de algunos presupuestos teóricos del Estado. El mito cumple la función esencial de explicar y justificar la existencia del Estado; de legitimar el ejercicio del poder y su monopolio. Para responder a la pregunta de cómo ocurrió esto, debemos remontarnos a su origen e historia.

Historia que está ligada al desarrollo de una ideología colectiva compartida a través de los mitos sociales que nos explican como nación. De los aspectos que más han destacado en su formación, han sido: la creación de la identidad nacional, la cual se apoyó en la explotación de los recursos histriónicos del pasado interpretado desde los intereses del presente, desde donde se crearon los héroes y villanos, así como aquellos hechos que debían ser venerados y conservados en la memoria colectiva.²³ Para que la memoria construyera la identidad y se desarrollara el culto que debía corresponderle, la historia fue repetida y la repetición venerada, todo ello, como parte del proceso educativo que nos prepara para ser ciudadanos aptos y capaces de vivir en sociedad. Con qué recursos ha contado el Estado para evitar que el olvido impida que nuestra identidad se consolide, con el recurso de la “educación”, aquella difundida mediante el sistema educativo tradicional la cual se ha sustentado en el poder institucionalizado como recurso en última instancia, es decir la razón tradicional materializada.²⁴

Por supuesto, en este ensayo emplearemos a la razón crítica para desmitificar a aquellos pre-supuestos no cuestionados, por lo que

²³ NIEZSCHE, Friedrich, *Sobre la utilidad y el perjuicio de la historia para la vida (II Intempestiva)*, trad. Germán Cano, Madrid, España, Biblioteca Nueva, 1999, pp. 37-65.

²⁴ En la crítica al modelo educativo tradicional destaco el video documental: *La educación prohibida*, en: <<https://www.youtube.com/watch?v=-1Y9OqSJKCc>>. [consultado 9-marzo-2017].

pretendemos que la lectura resulte provocadora e incentive la reflexión. Veamos.

El Estado se concibió como una de las realizaciones más perfectas del devenir de la historia, fue creado como el ente superior, como la más perfecta forma de organización político-social-jurídica, en el cual depositamos y confiamos nuestros más elevados objetivos y anhelos.²⁵ Se nos persuadió de que la forma de organización establecida mediante el Estado-nación era la más civilizada para lograr la realización de los intereses particulares y colectivos, dirimir las controversias, al tiempo que por sus cauces podíamos realizar los fines que aparecían en él como inherentes: el bien común, la igualdad y la justicia, aunque siempre como ideales a realizar, no como supuestos de los cuales se originan las leyes.²⁶

La secularización de la política y del derecho fueron requisitos imprescindibles, por ello es que ambos fueron estatalizados y proceduralizados²⁷ separados de su fuente de legitimidad originaria hasta constituirlos en un sistema, en el caso del derecho, de pretensiones autopioéticas,²⁸ así como en un medio para el control social. El derecho fue “reinventado” como el medio ideal para lograr la coordinación, el control social y ejercer de forma legal el monopolio de la fuerza; al mismo tiempo, se afirmaba que las leyes ponían al

²⁵ Puede leerse en Hegel: “El Estado como realidad de la voluntad sustancial [...] es lo racional en y por sí [...] Esta unidad sustancial es el absoluto e inmóvil fin último en el que la libertad alcanza su derecho supremo, por lo que este fin último tiene un derecho superior al individuo, cuyo supremo deber es ser miembro del Estado”, *cf.* HEGEL, Friedrich G. W., *Principios de la filosofía del derecho*, trad. Juan Luis Verma, 1a. reimp., Barcelona España, Edhasa, 2005, p. 370.

²⁶ *Cf.* LE FUR, Radbruch y Carlyle, *Los fines del derecho*, trad. Daniel Kuri Breña, 3a. ed., México, Facultad de Derecho-UNAM, 1997.

²⁷ ECHEVERRÍA, Bolívar, *¿Qué es la posmodernidad?*, *op. cit.*, p.p. 8-15.

²⁸ LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrate *et. al.*, 2a.ed., Editorial Herder - Universidad Iberoamericana, México, 2005, *vid.* cap. 2 “La clausura operativa del sistema del derecho”, pp. 99-117.

alcance de todos la posibilidad de acceder a la justicia, creando el mito de que “la justicia es ciega”, en el sentido de imparcial.²⁹

Se crearon paulatinamente los mitos detrás del mito del Estado,³⁰ es decir, las justificaciones que en la filosofía política se construyeron para el nuevo orden de las cosas que se estableció con la consolidación del Estado-nación a partir del siglo XIX en occidente, entre ellos son de destacar: la soberanía, la representatividad y el estado de derecho.

Brevemente analicemos el proceso de creación y consolidación del Estado y derecho modernos. Desde el siglo XVI y hasta el XIX (período del cual nos ocupamos) si bien un nuevo paradigma científico se construyó, también ocurrió algo semejante en lo relativo al ejercicio del poder político.³¹ Explico brevemente y de forma general. El orden político medieval-occidental era acorde a la visión de mundo construida desde la teología cristiana, estaba en armonía con la ciencia de su época, así como de las relaciones mundanas (económicas, eróticas y jurídicas); era un orden cuyas fuentes de legitimidad eran metafísicas (Dios y el orden celestial por Él establecido) y cuya explicación filosófico-teológica se ajustaba al tomismo-aristotélico.

Este orden medieval fue paulatinamente desplazado dando lugar a otro distinto en el cual las diversas fuerzas antes incipientes ocuparon un lugar preponderante, entre ellas, las relativas a la capa-

²⁹ A pesar de la negativa iuspositivista para que los estudiosos se ocupen de la justicia, este continúa siendo uno de los problemas más esenciales del estudio y práctica jurídicas, al respecto véase: HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. Jiménez Arredondo, 6a. ed., España, Trotta, 2010, en especial el cap. 6 en donde se refiere a la justicia en el ámbito de la función jurisdiccional.

³⁰ Afirma Cassirer: “La característica de los mitos modernos es que estos no surgen de forma silvestre por una exuberante imaginación, sino que son artificiales, creados por artífices muy expertos y habilidosos”, *vid.* CASSIRER, Ernt, *El mito del Estado*, *op. cit.*, p. 333.

³¹ HORKHEIMER, Max, *Historia, metafísica y escepticismo*, trad. María del Rosario Zurro, Barcelona España, Ediciones Altaya, 1998, p.p. 24-45.

cidad de producción, distribución y consumo, mismas que construyeron un mercado acorde a sus necesidades; las transformaciones ocurridas en el ámbito económico tuvieron incidencia directa en la política y las leyes jurídicas,³² las disciplinas que tenían a estas como sus objetos de investigación se plantearon, entre otros, el problema de encontrar una nueva fuente de legitimidad del ejercicio del poder, el cual no tuviera que depender de un orden divino; así como la existencia de un derecho que no tuviera en el derecho divino su forma más acabada.

Es por ello, que en los siglos XVII y XVIII destacaron las discusiones filosófico-políticas que se referían a la naturaleza y estructura de las instituciones políticas y jurídicas. Al respecto, es posible distinguir dos bandos bien definidos: aquellos que hicieron una defensa de la existencia de un orden armonioso universal de origen divino y que tenía en la Iglesia y en el Papa a sus representantes en la tierra, los cuales ocupaban una posición de *supra* ordinación respecto de los poderes temporales y, por otra parte, quienes defendieron la primacía del orden mundano, el cual estaba representado por los reyes y la nobleza, quienes constituían el poder terrenal y sostenían el sometimiento de la Iglesia a su poder.

En este contexto, el absolutismo³³ fue la justificación filosófico-política más plausible para el poder terrenal, el cual otorgó los fundamentos teóricos del nuevo orden acorde al cual se concentraría y ejercería el poder (físico y político) de manera legítima, así como el tipo de relaciones políticas (de dominio y sujeción) que deberían regir a los integrantes de las sociedades humanas. Es de destacar

³² Vid. FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. Enrique Lynch, Barcelona España, Gedisa, 1996, en especial las conferencias cuarta y quinta.

³³ Empleo el concepto absolutismo en el sentido siguiente: “[...] para indicar en los círculos liberales los aspectos negativos de lo ilimitado y pleno el poder monárquico [...] una veces —y de manera predominante— con la condena explícita o implícita de los métodos de los gobiernos autoritarios y en defensa de los principios liberales...”, *vid.*, BOBBIO, Norberto *et. al.*, *Diccionario de política*, trad. José Aricó *et. al.*, 14a ed., México, Siglo Veintiuno editores, 2005, p.p. 1-8.

que los orígenes del Estado de derecho se ubican en la filosofía-política absolutista, siendo el filósofo inglés Thomas Hobbes uno de los primeros en sostener el origen convencional del derecho y negando, en consecuencia, su origen divino o natural.³⁴ En ese sentido, este filósofo inglés fue uno de los precursores más importantes de algunas tesis que luego los iuspositivistas sostendrían, me refiero, en particular, a la afirmación de que el origen del derecho está en la ley y que conforme a ella se deben dirimir las controversias.³⁵

Fue también, primeramente, en el absolutismo en donde se recuperó el mito del pacto social, recurso político-jurídico antes empleado por los seguidores de Epicuro para justificar la existencia de un orden institucionalizado.³⁶ En general, el absolutismo se dio a la tarea de crear los fundamentos filosófico-teóricos que permitieron justificar y legitimar al Estado como el ente más poderoso, la creación suprahumana en la cual se concentraba el poder político y a la cual se debían subordinar todas las voluntades individuales mediante la celebración del pacto social.

Pacto social que a su vez fue un recurso teórico, sin que se haya realizado en algún momento; fue una petición de principio que debía admitirse (la creación de un mito). Para que el pacto social fuese aceptable tanto teóricamente como en los hechos, fue necesario crear un relato que explicara y justificara su existencia, ese relato fue el tránsito del estado de naturaleza a la sociedad civil. Tampoco el estado de naturaleza tuvo que remitirse a una exhaustiva demostración de hechos, sino simplemente debía aceptarse como petición de principio, como recurso filosófico, el cual funcionó como una

³⁴ HOBBS, Thomas, *Leviatán. La materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, s/trad., Bogotá Colombia, Skla, 1982, véase en especial el capítulo dedicado a la leve diferencia entre “ley” y “derecho”, así como el tema de supremacía, pp. 226-245.

³⁵ *Ibidem*, p. 234.

³⁶ *Vid.* FASSO, Guido, *Historia de la filosofía del derecho 1. Antigüedad y Edad Media*, trad. José F. Lorca, Madrid España, Ediciones Pirámide, 3a. ed., 1966, pp. 81-88.

idea ordenadora e hizo coherente la necesidad de que existiera un pacto social, mismo que justificó el orden político que realidad estaba ocurriendo gracias a la concentración del poder en una sola persona, el soberano absoluto.³⁷

Los liberales del siglo XVIII como Rousseau, paladín de la república como la forma de organización política-social,³⁸ tuvo un punto de partida semejante al que Hobbes empleó para justificar al absolutismo: “el estado de naturaleza”; sin embargo, son bien conocidas las diferencias entre el hombre malvado de Hobbes y la concepción del buen salvaje de Rousseau; o el hombre igual, libre y con derecho a la propiedad como derecho natural, sostenido por Locke.³⁹ Estas diferencias lejos de ser meramente teóricas, establecieron los supuestos que legitimaron la nueva forma de organización política a la vez que jurídica y social; por lo que constituyen la evidencia de que nuevamente el orden social se modificaba y estaba en proceso de gestación, y requería de distintos fundamentos filosófico-ideológicos, así como su materialización en las estructuras económicas, políticas, jurídicas y sociales para funcionar adecuadamente.

En este orden de las cosas, la soberanía (el poder soberano) fue un supuesto no fáctico, sino metafísico o incluso retórico, el cual se originó en un “contrato social”; figura jurídica por excelencia de la concepción liberal e individualista.⁴⁰ Mediante el contrato se expli-

³⁷ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, *op. cit.*, véase en especial el capítulo XIII titulado: “De la especial condición del género humano, en lo concerniente a la felicidad y la miseria”, p.p. 110-123.

³⁸ ROUSSEAU, Jean Jaques, *El contrato social*, trad. Enrique Azcoaga, Madrid España, Taurus, 2012, p. 191. Véanse en especial el Libro I, cap. VI.- “Del contrato social” y Libro II, cap. VI.- “De la ley”.

³⁹ LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, trad. Carlos Mellizo, Madrid España, Tecnos, 2006, p.p. 234, *vid.* el capítulo V.- “De la propiedad”.

⁴⁰ Véase lo que el ministro Foster afirma: “[...] que los escépticos niegan que haya existido un contrato social, el cual no tiene ninguna evidencia histórica, la respuesta de los moralistas es que a pesar de un no exista ninguna evidencia his-

có el tránsito del hombre natural al ciudadano, o lo que es: del estado de naturaleza a la sociedad civil; paso que implicó la cesión de parte del poder, libertad y derechos naturales de quienes decidieron integrarse en la nueva forma de organización política-jurídica-social a favor de un ser intangible, un ente que solo tuvo vida jurídica, pero que fue desde su origen casi omnipotente y ubicuo. El pacto social otorgó vida al ente superior, sin él, o desconociéndolo no existiría fundamento que legitimara al orden establecido.

La celebración del pacto social fue el momento fundacional del Estado-nación, la creación de un ente que solamente tiene vida jurídica, que no puede ejercer el poder por sí, ya que es una ficción legal, la cual no tiene existencia real aunque pueda realizar actos y producir consecuencias jurídicas. El Estado a su vez es la objetivación del poder soberano, el cual es ejercido por algunos ciudadanos que integran al gobierno. A su vez, la conformación del gobierno se logra gracias a las figuras de representación y participación, esta última mediante un sistema político electoral, en el que los partidos políticos fungen como los cauces para el acceso de las personas a los cargos más relevantes para el ejercicio del poder. El modelo parece funcionar muy bien, ya que puede entenderse que finalmente los ciudadanos están representados, así como sus intereses y necesidades, y que los más “capaces” son quienes deben ejercer el poder, los “políticos”.

Analicemos esto con mayor detenimiento. El pacto social y la soberanía como supuestos filosófico-políticos poseen un carácter explicativo, el cual ha permitido justificar y legitimar al Estado,

tórica del contrato social, es la única justificación ética en que basar los poderes del gobierno [...] Los poderes del gobierno solo pueden justificarse moralmente sobre la presuposición de tratarse de poderes que hombres razonables convendrían y aceptarían en caso de confrontarse con la necesidad de tener que volver a constituir algún orden para hacer posible la vida en común ...”, *vid.* FULLER, Lon, *El caso de los exploradores*, Buenos Aires, Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 2a. ed., 2002, p.p. 23-24.

sin embargo, la fuente de legitimidad actual son las leyes. Veamos las leyes tienen su origen en un proceso institucionalizado y estatalizado (el cual se nutre de la costumbre, misma que solo adquiere importancia si es positivada en las leyes), a su vez, el Estado y sus instituciones tienen su origen en las leyes, es decir, se construye un proceso circular que nos lleva de uno a otro y a la inversa.

Detrás de las leyes y las instituciones están el pacto social, la soberanía y los ciudadanos (los cuales conforman al “pueblo” como titular originario del poder soberano), sin embargo, estos no ejercen el poder de modo directo, por ello, es necesaria la representatividad, misma que se legitima mediante el derecho al sufragio ejercido a través de un sistema político electoral. Así que, en última instancia, todo parece depender de los representados, sin embargo, su momento estelar es fugaz, se limita al sufragio,⁴¹ una vez realizado este, el Estado, sus instituciones y quienes en su nombre realizan sus funciones no necesitan en ningún momento, ni por ninguna causa volver a los ciudadanos y al “pueblo”. Lo que equivale a admitir que el Estado y sus instituciones una vez que han recibido el soplo de vida, prescinden de quienes son la razón de su existencia (los ciudadanos), por lo que gobiernan y ejercen el poder sin considerarlos.

VI. MITO, CIENCIA Y DERECHO

Dentro de este proceso de creación de mitos detrás del mito del Estado, el derecho tiene un lugar fundamental, baste considerar que el acto fundacional de la nueva organización político-social es jurídica, es decir un contrato social. Sin embargo, para que el derecho pudiera ser el medio conforme al cual se organizara el nuevo orden como “Estado de derecho”, era menester superar las limitaciones que las leyes y estudios jurídicos tuvieron durante siglos, es decir, que superaran su carácter casuístico y desorganizado, para

⁴¹ HABERMAS, Jürgen y RATZINGER, Joseph, *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p.p. 28-32.

dar lugar a un orden armónico, organizado, dividido por materias, dotado de conceptos precisos y con reglas claras para su interpretación. Fue, por eso, que en los ámbitos de la ciencia del derecho y de la legislación los juristas y monarquías ilustradas pusieron su mayor empeño, resultado de ello fueron los códigos, siendo el Código Prusiano el primero en organizar y sistematizar las leyes; sin embargo, el paradigma lo constituyó el Código Civil Francés, o también conocido como “Napoleónico”; trabajo de legislación que fue el modelo a seguir por gran parte de los estados occidentales.⁴²

Por su parte y como reacción a la tendencia codificadora, dos juristas que en su primera etapa formaron parte de la Escuela Histórica Alemana: Friedrich Karl von Savigny y Rudolph von Ihering, se dieron a la tarea de estudiar el derecho romano, en este sentido continuaron los trabajos de los glosadores y postglosadores.⁴³ Fueron los juristas franceses y alemanes (posteriormente los integrantes de la Jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia de intereses) quienes hicieron aportaciones significativas para hacer realidad la aspiración kantiana de crear una verdadera ciencia del derecho⁴⁴ que lograra el estudio sistemático, explicara de manera ordenada y coherente las leyes, creara las estructuras conceptuales y normativas, así como sus principios operativos.⁴⁵ Esto posibilitó que en las

⁴² Codificación a la que Zagrebelsky denomina como: “el control de legalidad de los derechos cuya verdadera Constitución jurídicamente operante no fue la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, sino el Código Civil, denominado con frecuencia como la ‘Constitución de la burguesía liberal’”, *vid.* ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. Marina Gascón, 9a. ed., Editorial Trotta, Madrid España, 2009, p. 53.

⁴³ Un rasgo común de los estudios científicos del derecho ha sido su carácter antihistórico, ello ocurriría con la Escuela Pandectística alemana y, desde mi punto de vista, el iuspositivismo, *vid.* MARGADANT FLORIS, Guillermo, *El derecho privado romano*, 22a. ed., Editorial Esfinge, México, 1997, p. 84.

⁴⁴ KANT, *Principios Metafísicos del derecho*, *op. cit.*, *vid.* “Prólogo”, p.p. 5 a 11.

⁴⁵ Me refiero a los principios: de legalidad; no aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de persona alguna; así como a los criterios para determinar la ley que

siguientes décadas se pudieran crear las disciplinas jurídico-científicas particulares, así como una teoría general del derecho, como ciencia del derecho.

El trabajo realizado por los juristas del siglo XIX además de haber contribuido al estudio científico del derecho, realizó aportaciones significativas para el desarrollo de la técnica jurídica y la técnica legislativa. Como corolario de ello, la ciencia jurídica lograría su mejor momento en el siglo XX, en el que todo aquello que no fuera científico fue considerado metafísico y expulsado de la academia como indigno de ser estudiado, suerte que corrió la filosofía jurídica, la cual se refugió en el iusnaturalismo racionalista y teológico, a la espera de un mejor momento en el que resurgir.⁴⁶

Es posible advertir que el tránsito de la concepción ético-moral del derecho a una meramente científica ocurrió entre los siglos XVI-II y XIX, y abarcó hasta la primera mitad del siglo XX. Destacan en ese cambio, el que el estudio de lo jurídico dejó de ser un problema moral o de plantearse como parte de la moral, o un problema ético, por ende, relacionado con las virtudes y los vicios, concepción que sostuvieron los pensadores griegos como Aristóteles,⁴⁷ así como algunos romanos y medievales,⁴⁸ y pasó a ser algo totalmente desvinculado en su estudio de todo contenido y referente moral y ético.

Sin embargo, como consecuencia de esta separación y entre los efectos no previstos del estudio científico del derecho, vale la pena

deba aplicarse al caso concreto: principio de jerarquía (la ley superior prevalece respecto de la de menor rango); principio de especificidad (la ley específica se aplica en demérito de la más general), etc.

⁴⁶ RECASENS SICHES, Luis, *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico. La filosofía del derecho en el siglo XX*, México, Ediciones Coyoacán, 2007, véase en especial el primer capítulo.

⁴⁷ Cfr. ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea*, 3a. ed., vers. Antonio Gómez Robledo, *Bibliothecorum scriptorum graecorum et romanorum mexicana*, México, UNAM, 2012.

⁴⁸ DE SANTO TOMÁS, *vid.* "La virtud de la justicia", Cuestiones 57 a 60 en *Suma de teología*, t. III, parte II-II (a), Biblioteca de autores cristianos no. 36, Madrid España, 1995, p.p. 457-465.

mencionar, que desde una concepción científica todo elemento moral o ético fue acusado de ser metafísico, con lo que se trazó una clara y firme distinción entre lo jurídico y lo moral, así como entre lo jurídico y la ética.⁴⁹

La ciencia jurídica daría cuenta de su objeto de estudio concebido como un hecho social, es decir, del derecho concebido como leyes jurídicas; del proceso de creación de leyes; de las resoluciones judiciales; de la interpretación de las leyes; de los procesos y procedimientos judiciales; así como las conductas significativas (aquellas que actualizan los supuestos normativos y con ello la producción de las consecuencias jurídicas) etc.⁵⁰ Todo aquello que no constituyera un hecho social, o permitiera al menos la sospecha de ser relativo o incluso subjetivo, salió del ámbito del estudio científico y, por lo tanto, de la ciencia del derecho. De esta forma, la justicia, la equidad, el bien común, los principios éticos y los valores morales, concebidos como no objetivos, racionales y comprobables, se colocaron en el saco de la metafísica y quedaron relegados a ser estudiados por otras disciplinas no científicas.

Esta postura epistemológica y metodológica, claramente comprensible desde el punto de vista del estudio científico del derecho, trajo consigo cambios diametrales respecto de la comprensión, explicación, y práctica del derecho. Entre los efectos no previstos del estudio del derecho como una cuestión de hechos, no de valores o principios, destacan el que la explicación y práctica del derecho se haya reducido a sus aspectos eminentemente formales y procedimentales, excluyéndose los aspectos materiales o de contenido,⁵¹ es decir, implícito en ello existió una deshumanización de lo jurídico.

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen, “Como es posible la legalidad...”, *op. cit.*, pp. 21-28.

⁵⁰ KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. Roberto Vernango, 9a ed., México, Porrúa, 1997, *cfr.* Capítulo I, pp. 15-70.

⁵¹ Afirma Zagrebelsky: “El caso paradigmático lo representa la justicia, la cual en la concepción decimonónica se redujo a la ley o a lo que desde Aristóteles se denomina “justicia en sentido legal”, misma que en el “Estado social de dere-

Me refiero a deshumanización en el entendido de que el ser humano había sido el centro de la reflexión filosófica y del quehacer científico⁵² desde la Antigüedad y hasta el Medioevo. Fue el hombre quien desde la Antigüedad se preguntó por lo que existía en el mundo y, quien de manera sistemática, con la invención de la filosofía interpeló a las cosas que hay en el mundo en busca de respuestas que le permitieran comprenderlas;⁵³ fue también quien desentrañó las relaciones de causa-efecto para explicar racionalmente a la naturaleza y poder controlarla con el propósito de obtener ventaja y provecho de ella. Sin embargo, en el momento en que la cosa (el objeto de investigación) misma pasó a ser más importante que los sujetos cognoscentes, entonces, podemos afirmar que inició el proceso de fetichización en el que la cosa desplazó a lo humano, lo cosificó.

En el cuento la *Colonia penitenciaria*, Franz Kafka en forma literaria ilustra muy bien a qué nos referimos con fetichización.⁵⁴ En ese cuento el escritor de origen checo narra cómo el oficial a cargo de la máquina con la que en la colonia penitenciaria dan cumplimiento a las sentencias, es lo más importante para él, a grado tal que ni siquiera el condenado es relevante, pues solamente es una cosa a la que debe aplicarse la tortura de la máquina, es decir, desde una

cho” debe recuperar sus contenidos, en especial aquellos de carácter económico, aunque no menos importantes son los contenidos culturales, espirituales y sociales, etc. Por lo que la un criterio material de justicia. Debe establecer objetivos factibles como mínimos a realizar, los cuales permitan y contribuyan a la realización del proyecto de vida de cada persona [...]”, *vid.*, ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil...*, *op. cit.*, véanse los capítulos: “4. Derechos de libertad y derechos de justicia” y “5. La separación de la justicia respecto de la ley”, pp. 75-108.

⁵² Entendida como “*episteme*” que era la denominación a los saberes verdaderos entre los griegos y “*scientia*”, denominación de los saberes entre los medievales.

⁵³ COLLI, Giorgio, *El nacimiento de la filosofía*, trad. Carlos Manzano, Tusquets editores, España, 2000, p.p. 13-22.

⁵⁴ KAFKA, Franz, *En la colonia penitenciaria*, (1975), trad. Martha R. García, Buenos Aires, Almagesto, pp. 10-40.

concepción formal-procedimental lo relevante es el funcionamiento de la cosa, de la máquina, no de aquello respecto de lo que se aplica. La fetichización y la deshumanización del estudio y práctica del derecho, para decirlo de forma más clara, es el olvido del ser humano, es centrar la atención en la ley misma, en el sistema, su funcionamiento, sus procesos y procedimientos, no en su destinatario y en los efectos negativos (viciosos o que realizan el mal) o positivos (virtuosos o que realizan el bien) que pudiera ocasionar.

Aunque es menester decir que, a pesar de los esfuerzos realizados desde la concepción científica del derecho, los valores morales y los principios éticos no pudieron excluirse totalmente de su estudio y de su práctica, sí se desplazaron, se relegaron a algo meramente referencial, como un ideal a realizar, no como el contenido, sustento u origen de la ley jurídica. Ese relegamiento se visibilizó en afirmaciones extremas como aquella que decía que “el derecho lo es por ser resultado del proceso legislativo, independientemente de sus contenidos éticos o morales”, afirmación que expresa el total abandono de cualquier contenido o referente ético o moral como criterio para determinar la validez de una ley y, por ende, la primacía de la forma y del procedimiento. Aseveración que, a su vez, tuvo una importancia fundamental en el Estado del derecho, como imperio de la ley y sometimiento de todos a ella.⁵⁵

La primacía de la ley, así como el imperio que esta estableció, pasó primeramente por la reducción de todo derecho a la ley y luego, la aceptación de que toda ley era la objetivación de la voluntad del legislador, ya como realización del poder soberano que le era conferido mediante la representatividad o como consecuencia de un orden legal, mismo que otorgaba las facultades para crear, interpretar, aplicar y ejecutar las leyes.⁵⁶ Esa reducción del derecho

⁵⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, op. cit., cfr.*, el capítulo 3: “La separación de los derechos respecto de la ley”, pp. 47-74.

⁵⁶ FASSO, Guido, *Historia de la filosofía del derecho*, t. 3 siglos XIX y XX, trad. José Lorca Navarrete, Ediciones Pirámide, España, 1996, pp. 21-27. Aunque en otro

a la ley y la primacía de la forma (proceso legislativo y judicial) en su creación y aplicación hicieron creer que el derecho estaba constituido como un sistema cuasi autopiético.⁵⁷

VII. LAS FUERZAS DESATADAS COBRAN VIDA PROPIA Y SE VUELVEN CONTRA SUS CREADORES

Nos hemos aproximado a algunos momentos en los que se construyeron los fundamentos que hicieron del Estado el ente ordenador de la vida social y de las leyes jurídicas los instrumentos que posibilitarían el control de las conductas de las personas. Hemos procurado mostrar cómo el Estado nación fue concebido como la máxima realización humana en cuanto a la forma de organización social y política se refiere, al que todo lo particular se debía subordinar o excluirse.⁵⁸ Sin embargo, los mitos que subyacían a la creación del Estado quedaron ocultos en su seno y no fueron visibles hasta que los excesos cometidos, no por errores científicos sino por falta de criterios ético-morales que debieran considerarse, pusieron en evidencia que la primacía de la forma respecto de los contenidos producía terribles efectos negativos; fue gracias a los excesos cometidos especialmente por los regímenes totalitarios (manipulación de las leyes, legalización de lo injusto e inmoral, genocidio realizado en forma legal, etc.)⁵⁹ el que haya resurgido la necesidad de problema-

trabajo profundizaremos sobre la influencia que las escuelas jurídicas tuvieron en nuestra comprensión y práctica del derecho, no dejó escapar la oportunidad de referirme en este caso a la influencia que la Escuela de Exégesis tuvo en dicha reducción del derecho la ley.

⁵⁷ LUHMANN, Niklas, *El derecho de la sociedad, op. cit., vid.* cap. 2 “La clausura operativa del sistema del derecho”, pp. 99-117.

⁵⁸ HEGEL, George W., *Filosofía del derecho*, 3a. ed., Argentina, Editorial Claridad, 1968, *cf.* pp. 212-286.

⁵⁹ Destacan como características del Estado totalitario: la duplicación de organismos estatales y el ocultamiento como estrategia para el ejercicio del poder sin límites, el papel del jefe y las instituciones represivas empleadas como un con-

tizar el estudio y práctica jurídicas desde el horizonte de la moral y la ética.⁶⁰

Los excesos, a su vez, hicieron evidente que el dominio pleno de la naturaleza, incluida la naturaleza humana no era propiamente nuestro destino en la tierra; que el progreso material no fue acompañado del progreso moral, el cualismo kantiano,⁶¹ y que la razón no nos alejó de los desastres, sino, que potencializó las capacidades destructivas del ser humano.

Es también evidente que la razón modernizadora falló en algún momento, que el desarrollo de la ciencia y la tecnología con el afán de explicar a sus objetos de investigación, pero sobre todo, con el ulterior objetivo de lograr el dominio de la naturaleza, el incremento de los bienes y satisfactores, si bien sí produjeron esos efectos, se salieron de control y al parecer cobraron vida propia volviéndose en contra de sus creadores, desarrollando sus propias reglas al margen del acto que les dio vida.⁶² Por lo que el deseo de terminar con los mitos, de racionalizar al mundo, y de que el humano se distinguiera de cualquier otro ser por la razón, fueron refutados en la práctica, en la que a los mitos antiguos se impusieron nuevos mitos auspiciados por la razón, nuevas formas refinadas de la ideología que alimentaron las aspiraciones de poder y subrepticamente las capacidades destructivas.

quistador lo haría en un territorio conquistado: crueldad y eficiencia administrativa, *vid.* ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, trad. Guillermo Solana, 2a. reimp., Taurus, México 2007, 483-512.

⁶⁰ RADBRUCH, Gustav *et. al.*, *Los fines del derecho*, 3a. ed., Facultad de Derecho-UNAM, México, 1997, pp. 56-70.

⁶¹ KANT, Immanuel, *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre filosofía de la historia*, *op. cit.*, p.p. 10-23.

⁶² HORKHEIMER, Max y Theodor Adorno, *Dialéctica de la Ilustración*, *op. cit.*, p.p. 71-85.

VIII. CONCLUSIONES

El Estado de derecho en su forma decimonónica se construyó a partir de algunos presupuestos filosóficos, políticos y jurídicos que no fueron sino mitos, aunque, ese carácter mítico no era evidente, debe ser desvelado, visibilizado, para dejarnos ver que el orden de las cosas que se estableció con él, obedeció a fuerzas e intereses fundamentalmente económicos. En este ensayo hemos procurado mostrar algunos de esos mitos, así como los mitos que detrás del mito han configurado el ejercicio del poder político, el derecho positivo, así como la forma en cómo lo estudiamos y practicamos.

La convicción de que el derecho, su práctica y estudio actuales pueden ser explicados como parte de un proceso de larga duración, motiva el que hayamos centrado nuestra atención en los siglos XVI al XIX en los que se establecieron las bases teóricas y ocurrieron los procesos histórico-sociales que dieron vida al Leviatán. Con este ensayo a su vez, pretendemos dejar abierto el camino que resta por andar, en el cual debemos dar cuenta de cómo ocurrió que los fines y razones de ser del Estado, es decir, los ciudadanos, los derechos naturales positivados (tales como libertad, igualdad) y sus principios (justicia, equidad, etc.) fueron paulatinamente desplazados hasta llegar a ser concebidos como meras aspiraciones, ideas regulatorias y no el origen mismo del derecho y del Estado.

Otro camino que se abre con este trabajo es el que nos llevará al estudio del derecho y su problemática actual, así como al análisis de lo que se denomina Estado democrático constitucional, el cual, en reacción a las secuelas negativas del Estado decimonónico como Estado de derecho, los teóricos contemporáneos en cierta forma, han puesto a discusión la necesidad de restablecer a los ciudadanos y sus necesidades, como la fuente de legitimidad del derecho positivo y del ejercicio del poder político. Tema que es indisociable de gran parte de las discusiones actuales sobre mecanismos de participación política, así como de rendición de cuentas, facultades de revocación

de mandato; injerencia en la construcción de políticas públicas y su ejecución; así como la existencia de una democracia real y una justicia material, asuntos que hoy discutimos, claro, sin advertir que otros mitos estén detrás.

IX. FUENTES

1. BIBLIOGRÁFICAS

- AMIN, Samir, (1989), *El eurocentrismo. Crítica de una ideología*, trad. de Rosa Cusminsky. México, Siglo XXI Editores.
- ARISTÓTELES, (2012), *Ética nicomaquea*, 3a. ed., Versión de Antonio Gómez Robledo, México, UNAM, (*Bibliothecorum Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana*).
- BOBBIO, Norberto *et. al.*, (2005), *Diccionario de política*, 14a. ed., trad. de José Aricó *et al.*, México, Siglo Veintiuno Editores.
- CASSIRER, Ernst, (2004), *El mito del Estado*, trad. de Eduardo Nicol, México, Fondo de Cultura Económica.
- COLLI, Giorgio, (2000), *El nacimiento de la filosofía*, trad. de Carlos Manzano. Madrid, Tusquets.
- DE AQUINO, Tomás, (1995), *Suma de Teología*, t. III, parte II-II (a), Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos.
- DESCARTES, René, (1994), *Discurso del método*, Barcelona, RBA, (Colección Historia de la Literatura, 11).
- , (2010), *Meditaciones metafísicas*, trad. de Jorge Aurelio Díaz, Madrid, Gredos.
- DUSSEL, Enrique, (1998), *Ética de la liberación, En el momento de la globalización y de la exclusión*, Madrid, Trotta.
- ECHEVERRÍA, Bolívar, (2009), *¿Qué es la posmodernidad?*, México, UNAM, (Cuadernos del Seminario de Modernidad: Versiones y Dimensiones, Cuaderno 1).
- FASSO, Guido, (1966), *Historia de la filosofía del derecho 1. Antigüedad y Edad Media*, 3a. ed., trad. de José F. Lorca, Madrid, Pirámide.

- , (1966), *Historia de la filosofía del derecho, t. 3. Siglos XIX y XX*, trad. de José Lorca Navarrete, España, Pirámide.
- FERRATER MORA, José, (2004), *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Ariel, 4 tomos.
- FOUCAULT, Michel, (1996), *La verdad y las formas jurídicas*, trad. de Enrique Lynch, Barcelona, Gedisa.
- FULLER, Lon, (2002), *El caso de los exploradores*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- GONZÁLEZ, Juliana, *Ética y libertad*, México, Fondo de cultura económica-UNAM, 2007.
- HABERMAS, Jürgen, (2010), *Facticidad y validez*, 6a. ed., trad. Jiménez Arredondo, Madrid, Trotta.
- HABERMAS, Jürgen y Joseph Ratzinger, *Entre razón y religión. Dialéctica de la secularización*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008.
- HEGEL, Friedrich George W., (2005), *Principios de la filosofía del derecho*, trad. de Juan Luis Vermal, Barcelona, Edhasa.
- , (1968), *Filosofía del derecho*, 3a. ed., Argentina, Claridad.
- HOBBS, Thomas, (1982), *Leviatán. La materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Bogotá, Skla.
- HORKHEIMER, Max, (2003), *Teoría Crítica*, trad. de Edgardo Arvizu y Carlos Luís, Buenos Aires, Amorrortu.
- , (1998), *Historia, metafísica y escepticismo*, trad. de María del Rosario Zurro, Barcelona, Altaya.
- HORKHEIMER, Max y Theodor Adorno, (2008), *Dialéctica de la Ilustración*, 3a. ed., trad. de Juan José Sánchez, Madrid, Trotta.
- KAFKA, Franz, *En la colonia penitenciaria*, (1975), trad. Martha R. García, Buenos Aires, Almagesto.
- KANT, Immanuel, (2005), *Crítica de la razón pura*, 13a. ed., trad. de Manuel García Morente y Manuel Fernández Núñez, México, Porrúa, (Colección Sepan Cuantos, 203).
- , (1873), *Principios metafísicos del derecho*, trad. de G. Lizárraga, s.c., Librería de Victoriano Suárez.

- , (1994), *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre filosofía de la historia*, 2a. ed., trad. de Concha Roldán Panadero et al., Madrid, Tecnos.
- KELSEN, Hans, (1997), *Teoría pura del derecho*, 9a. ed., trad. de Roberto Vernango, México, Porrúa.
- LE FUR, Radbruch y Carlyle, (1997), *Los fines del derecho.*, 3a. ed., trad. de Daniel Kuri Breña, México, UNAM-Facultad de Derecho.
- LOCKE, John, (2006), *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo sobre el verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*, trad. de Carlos Mellizo, Madrid, Tecnos.
- LUHMANN, Niklas, (2005), *El derecho de la sociedad*, 2a. ed., trad. de Javier Torres Nafarrate et al., México, Herder-Universidad Iberoamericana.
- MARGADANT FLORIS, (1997), Guillermo, *El derecho privado romano*, 22a. ed., México, Esfinge.
- NIETZSCHE, Friedrich, (1974), *Introducción teórica sobre la verdad y la mentira en el sentido extra moral. El libro del filósofo seguido de retórica y lenguaje*, Madrid, Taurus.
- ,(1999), *Sobre la utilidad y el perjuicio de la historia para la vida (II Intempestiva)*, trad. de Germán Cano, Madrid, Biblioteca Nueva.
- RADBRUCH, Gustav et al., (1997), *Los fines del derecho*, 3a. ed., México, UNAM-Facultad de Derecho.
- RECASENS SICHES, Luis, (2007), *Direcciones contemporáneas del pensamiento jurídico. La filosofía del derecho en el siglo XX*, México, Coyoacán.
- RORTY, Richard, (1995), *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, trad. de Jesús Fernández, Madrid, Cátedra.
- ROUSSEAU, Jean Jaques, (2012), *El contrato social*, trad. de Enrique Azcoaga, Madrid, Taurus.
- STRAUSS, Leo, (2007), “Ciencia social y humanismo”, en *El renacimiento del racionalismo político clásico*, Buenos Aires, Amorrortu.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, (2009), *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 9a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta.

2. REVISTAS

HABERMAS, Jürgen, "¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?", en *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, no. 5, Departamento de Filosofía de la Universidad de Alicante, España, 1988, pp. 21-45.

3. ELECTRÓNICAS

RAEL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, en línea: <<http://dle.rae.es/?id=BKJHGzW>>.

GUZMÁN, Francisco (2011), "Del mito al logos: ¿Desplazamiento a la edad de la razón?", en *Revista Filosofía UIS*, vol. 10, número 2, pp. 137-155, en línea: <<http://revistas.uis.edu.co/index.php/revistafilosofiauis/article/view/2848>>.

HABERMAS, Jürgen, (2004), "Posicionamiento en la discusión sobre las bases morales del estado liberal", en *Dossier preparado por Manuel Jiménez Arredondo*, en línea: <http://www.mercaba.org/ARTICULOS/D/debate_Habermas_Ratzinger.htm#3>.

La educación prohibida (video documental), Eulam Producciones, (2012), en línea: <<https://www.youtube.com/watch?v=-1Y9OqSJKCc>>.

PEÑA CEDILLO, Jesús (2009). "¿Es el cono cimiento científico, superior a los otros saberes humanos?", en *Utopía y praxis latinoamericana*. No. 46. pp. 135-142, en línea: <<http://www.redalyc.org/pdf/279/27911855011.pdf>>.

EL DERECHO DE LIBERTAD EN EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ

JESÚS AQUILINO FERNÁNDEZ SUÁREZ¹

RESUMEN: En este trabajo, se hace un análisis del derecho de libertad en el pensamiento de Eduardo García Máynez. La distinción entre la libertad como derecho y como poder, la definición positiva del derecho de libertad y su conexión y relación con otros conceptos afines. Una vez delimitado el derecho de libertad, se aborda el debate entre Carlos Cossio y Eduardo García Máynez a propósito del mismo, y por último se realiza un balance de los aspectos más significativos de esa discusión.

PALABRAS CLAVE: *García Máynez, derecho de libertad, libertad jurídica, libertad como derecho, libertad como poder, facultas optandi, Carlos Cossio.*

ABSTRACT: In this work, is made an analysis of the right to freedom in the thought of Eduardo García Máynez. The distinction between freedom as a right and as power, the positive definition of the right to freedom and their connection and relationship with other related concepts. Once defined the right of freedom, deals with the debate between Carlos Cossio and Eduardo García Máynez with regard to the same, and finally is carried out an assessment of the most significant aspects of this discussion.

KEYWORDS: *García Máynez, right to freedom as law, legal freedom, freedom as a right, freedom as power, facultas optandi, Carlos Cossio.*

SUMARIO: I. Introducción. Libertad como derecho y como poder; II. La libertad jurídica y el derecho de libertad; III. El debate entre Máynez y Cossio; IV. Balance.

¹ Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oviedo (España), <aquilino@uniovi.es>.

I. INTRODUCCIÓN. LIBERTAD COMO DERECHO Y COMO PODER

Durante los años 1938 a 1961 el derecho de libertad o también denominado la libertad jurídica, fue objeto de especial atención por parte del profesor Eduardo García Máynez, así como la diferenciación entre la libertad jurídica y la libertad natural o libertad como poder (o sea, la libertad de la voluntad).

Prueba del interés que despertó este tópico en Máynez son, los múltiples ensayos que le dedicó,² la polémica mantenida con

² El primer trabajo que conocemos, sobre este tema, se remonta a 1938: “Libertad jurídica y libertad natural”, en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales* (R.D.C.S.), 1ª época, n° 1, febrero, México, 1938, pp. 20-21; con posterioridad, podemos mencionar los siguientes: “La libertad como derecho”, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*; t. I, n° 3, julio-agosto, México, 1939, pp. 299-310; en el libro *Introducción al estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1984, dedica a la libertad jurídica las páginas 215-226; *Libertad, como derecho y como poder. Definición positiva y ensayo de justificación filosófica del derecho de libertad*, México. C.I.A. General Editora, 1941, 87 pp.; “Una discusión sobre el concepto jurídico de libertad”, en *JUS Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, t.VIII, n° 47, junio, México, 1942, pp. 351-385, en ese mismo año, este artículo vio la luz como publicación de la Imprenta Universitaria, México, 38 pp.; “Libertad como derecho y como poder”, *Philosophy and Phenomenological Research*, V.IV, n° 2, diciembre, 1943-44, New York, pp. 146-155 (la traducción inglesa de este artículo: “Liberty as Right and Liberty as Power”, realizada por Cornelius Krusé, se incluye en el mismo número en las páginas 155-164); “La Axiomática jurídica y el derecho de libertad”, en *Revista de la Universidad de San Carlos*, n° 2, enero-marzo, 1946, Guatemala, pp. 204-219, este ensayo constituye el primer intento de axiomatización del derecho de Máynez, y resulta significativa la circunstancia de realizar dicha tarea en conexión con un tema como el de la libertad jurídica. Dicho trabajo se recoge posteriormente como apéndice I (pp. 83-99) en la obra *Los principios de la Ontología Formal del Derecho y su expresión simbólica*, México, Imprenta Universitaria, 1953, 174 pp.; “Liberty as Right and as Power”, *Latin-American Legal Philosophy*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press (20 th. Century Legal Philosophy Series, V.III), 1948, pp. 513-547; en el libro *Introducción a la lógica jurídica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, 257 pp., dedica al derecho de libertad las páginas 201-226; “Libertad como derecho y como poder”, en apéndice II (pp. 101-162) del libro *Los principios de la Ontología Formal Del derecho y su expresión simbólica*, cit., se trata de una nueva publicación del trabajo del mismo título publicado, según Máynez, en 1939, y que está agotado;

el profesor argentino Carlos Cossio³ y la infinidad de comentarios realizados por autores diversos sobre esta cuestión en su “obra”.⁴

Aquí, y en este momento, simplemente deseo apuntar los aspectos más significativos y novedosos de dicha aportación, así como algunas consideraciones críticas sobre la discusión mantenida con el Prof. argentino Carlos Cossio.

“Libertad jurídica”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVIII, Buenos Aires, 1961, pp. 597-601; en *Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1977, dedica las páginas 389-398 al derecho de libertad.

³ El profesor argentino en el libro *La plenitud del ordenamiento Jurídico*, Buenos Aires, Losada, 1947, dedica las páginas 92-114 a comentar y criticar el derecho de libertad de Máynez. A la anterior crítica responde Máynez con: *Una Discusión Sobre el Concepto Jurídico de Libertad (Respuesta a Carlos Cossio)*, México, Imprenta Universitaria, 1942, 38 pp. Este trabajo fue publicado también en *JUS Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, t. VIII, n° 47, junio, 1942, México, pp. 351-385 (citaremos por aquí, por ser más fácil su localización).

⁴ Véase, simplemente a modo de ejemplo, los comentarios realizados por: Luis Recasens Siches, “Estudios de Filosofía del Derecho”, incluidos en la trad. castellana de la *Filosofía del Derecho* de Giorgio del Vecchio, t.II, México, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, 1946, pp. 596-602, o en su *Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963, pp. 362-363; Rafael Rojina Villegas, *Introducción y Teoría Fundamental del Derecho y del Estado*, t.I, México, Talleres de El Nacional, 1944, pp. 662-664; Abelardo Rojas Roldán, “La concepción multirrelacional del derecho de Eduardo García Máynez”, en *Estudios de Filosofía del Derecho. Homenaje al Doctor Eduardo García Máynez*, México, Facultad de Derecho, UNAM, 1973, pp. 305-324 (en concreto pp. 319-322); Miguel Villoro Toranzo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1974, pp. 455-456; Martín Diego Farrel, *Cuestiones de Filosofía y Derecho*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1977, pp. 35-45 y en especial pp. 39-40; Ernest Hocking Willian, “Comments on Professor Máynez paper on <Liberty as Richt and as Power>”, *Philosophy and Phenomenological Research*, V IV, n° 2, diciembre, New York, 1943-44, pp. 165-166; Leopoldo Zea, *La Filosofía en México*, t. II, México, Biblioteca Mínima Mexicana, Libro-Mex. Editores, 1955, dedicado a Máynez pp. 207-217, y a su derecho de libertad, pp. 214-216; Josef L. Kunt, *La filosofía del derecho latinoamericana en el siglo XX*, Buenos Aires, Losada, 1951, de dedicado a Máynez pp. 181-191, y a su derecho de libertad pp. 185-186; Rafael Rojina Villegas, *Teoría jurídica de la conducta*, México, Ediciones Botas, 1947, pp. 65-81.

Es importante adelantar que la libertad que nos interesa, es la libertad en relación con el derecho, la libertad jurídica, o como también la denomina Máynez, el derecho de libertad. La libertad en sentido metafísico o filosófico nos reenvía a problemas y campos muy diversos, en tanto que presupuesto necesario para dar sentido a las acciones humanas y sin la cual pierde todo interés cualquier filosofía práctica del actuar humano.

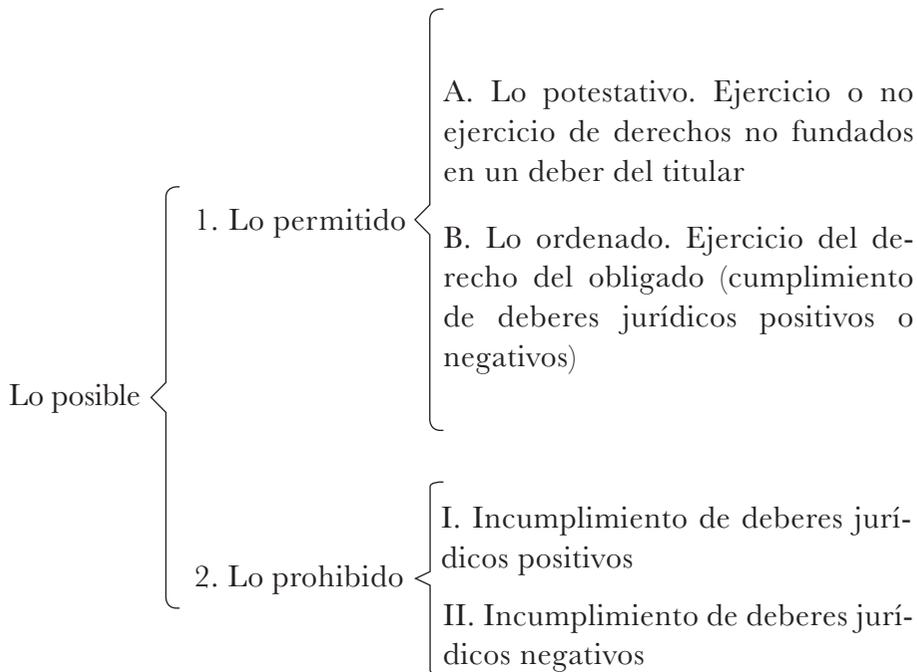
Dada la gran equivocidad del término “libertad”, la primera cuestión que aborda García Máynez es la de distinguir la libertad como *atributo de la voluntad* del hombre, de la libertad como *derecho*. Mientas que la primera es considerada como poder, o facultad natural, en cuanto aptitud de obrar por sí, o en terminología kantiana, una causalidad cuyo primer momento es solo causa, no efecto de otra causa. La segunda, la jurídica, no es ni poder, ni capacidad derivada de la naturaleza, sino –según Máynez– *facultad derivada de una norma, derecho, autorización*, lo que en terminología alemana se denomina “*dürfen*”.⁵

Para percibir con mayor claridad esa diferenciación, nada mejor que señalar las relaciones entre ambos tipos de libertad. La libertad jurídica y todos los derechos subjetivos son –según Máynez– posibilidades de acción o de omisión que, al realizarse, necesariamente ostentan el signo de la licitud. Pero estas posibilidades no se actualizan por sí mismas, sino que dicha realización depende de la voluntad del titular. De tal manera que la libertad como derecho, implica el de la libertad como poder o, lo que es igual, la manifestación exterior del albedrío de cada persona.⁶ Mientras la libertad como derecho sólo se manifiesta en los actos jurídicos potestativos, la libertad como poder se manifiesta, además de en los anteriores, en los ordenados y en los prohibidos. Esto es, la manifestación del libre

⁵ Ver, “La libertad como derecho”, cit., p. 300; *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 216.

⁶ Cfr., *Filosofía del Derecho*, cit., p. 394; *Introducción a la lógica jurídica*, cit. p. 217; “Libertad, como derecho y como poder”, cit., p. 149.

albedrío desde la óptica jurídica puede consistir: “a) en el ejercicio o no ejercicio de un derecho subjetivo; b) en la comisión o la omisión de actos prohibidos; c) en el cumplimiento o incumplimiento de un mandato”.⁷ Otra manera de clasificar las formas de actividad de un sujeto en relación con el derecho, es la que podemos ver en el siguiente cuadro sinóptico elaborado por Máynez, y que en líneas generales coincide con la clasificación anterior, aunque se observan algunas diferencias, veamos:⁸



Todas las formas de actividad anteriores pueden considerarse como manifestaciones de la libertad del querer o como poder; en tanto que al ámbito de la conducta jurídicamente libre únicamente pertenecen las designadas en el grupo A. Conviene destacar lo

⁷ “Libertad, como derecho y como poder”, cit., p. 150.

⁸ Ver, *Introducción a la lógica jurídica*, cit., p. 150.

anterior, pues es esencial en la noción de libertad como derecho en Máynez, y en cambio iusfilósofos como Recasens Siches lo interpretan erróneamente –al menos eso pensamos– de forma que incluyen también el ámbito del apartado B.⁹

En conclusión, y en palabras del propio Máynez, “*mientras la libertad, como derecho, se halla exclusivamente referida a la ejecución o la omisión de actos no ordenados ni prohibidos, la libertad como poder se manifiesta tanto en la ejecución o en la omisión de actos no ordenados ni prohibidos, cuando en la ejecución o en la omisión de actos ordenados y de actos ilícitos*”¹⁰ (el subrayado es nuestro).

II. LA LIBERTAD JURÍDICA Y EL DERECHO DE LIBERTAD

A la hora de precisar la noción de libertad jurídica, dos son los autores a los que presta especial atención García Máynez, al procesalista italiano Hugo Rocco y al iusfilósofo Hans Kelsen.

Frente a la tesis de Hugo Rocco de que el derecho de libertad es una suma de facultades *agendi*, ya que todo ciudadano se encuentra autorizado para hacer lo que no está prohibido y omitir lo que no

⁹ Ver, Luis Recasens Siches, *Panorama del Pensamiento Jurídico en el siglo XX*, cit., p. 363, donde comentando el concepto de libertad jurídica de Máynez dice: “Como la norma que señala un deber no siempre indica – ni muchas veces puede hacerlo – los medios para llevar a un cumplimiento aquél, en tales casos el sujeto ha de elegir y por tanto tiene el derecho de emplear cualquiera de los posibles lícitos. Esta facultad de opción es precisamente la libertad jurídica” (el subrayado es nuestro); y en el mismo sentido véase: Luis Recasens Siches, “Estudios de Filosofía del Derecho”, en *Filosofía del Derecho* de Giorgio del Vecchio, cit., p. 599. Tal interpretación de la libertad jurídica como el cumplimiento alternativo u opcional del deber no puede confundirse o identificarse con la libertad jurídica que, según Máynez, sólo se manifiesta en el ámbito de los derechos subjetivos independientes como posibilidad de su ejercicio o no ejercicio. Una cosa es la *facultas optandi* de segundo grado, propia de la libertad jurídica, y otra la *facultas optandi* de ejercicio obligatorio, del tipo, por ejemplo, de las obligaciones alternativas.

¹⁰ Eduardo García Máynez, *Filosofía del Derecho*, cit., pp. 394-395; *Introducción a la lógica jurídica*, cit., p. 218; “Libertad Jurídica”, cit., p. 601.

está mandado, Máynez presenta un par de objeciones: 1^a.-La libertad jurídica no comprende sólo un conjunto de facultades *agendi*, sino que como el resto de los derechos absolutos, ofrece un doble aspecto, en su cara interna es un haz de facultades *agendi*; y en su aspecto externo constituye una serie de facultades *exigendi*. 2^a.- La libertad jurídica no sólo puede definirse negativamente, estableciendo sus límites; sino que debe establecerse una definición positiva en la que se nos indique su esencia.¹¹

De Kelsen, destaca la teoría que considera a la libertad no como un derecho, sino como un concepto que duplica de modo innecesario la noción de deber jurídico. Crítica que no sólo afecta a la libertad jurídica, sino a todos los derechos subjetivos, pues tal como señala Kelsen: “Si bien se mira, el «poder» (en sentido de «estar autorizado») es deber ser, es norma jurídica; el derecho subjetivo es Derecho objetivo, y sólo en cuanto tal tiene existencia en la esfera del Derecho”.¹² Máynez, reconoce el valor de la tesis de la relación o carácter complementario que existe entre derechos y deberes, o si se prefiere la expresión, que las facultades son correlativas de un deber de respeto; pero discrepa en casi todo lo demás, y en especial en la identificación entre derecho objetivo y derecho subjetivo, pues ello equivale a confundir las nociones de norma y facultad. El derecho subjetivo o facultad es una posibilidad de acción de acuerdo a un precepto; mientras que la regla normativa es, el fundamento de tal facultad. La circunstancia de que uno derive del otro, no demuestra que sean una misma cosa.¹³

Como ya hemos apuntado, el propósito principal de nuestro autor es el de superar la definición negativa o tradicional de la libertad

¹¹ Cfr., “Libertad, como derecho y como poder”, cit., pp. 128-129. Los comentarios sobre Hugo Rocco, están tomados de su libro *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Roma, Athenaeum, 1917.

¹² Hans Kelsen, *Teoría General del Estado*, (trad. Luis Legaz Lacambra) Barcelona, Edit. Labor, 1934, p. 73.

¹³ Cfr., “Libertad, como derecho y como poder”, cit., pp. 133-136.

jurídica. De acuerdo con esta orientación tradicional, “*la libertad, en sentido jurídico, es la facultad de ejecutar o de omitir, al arbitrio del sujeto, todo acto no ordenado y no prohibido por la ley*”.¹⁴ Definición que se basa en la división de los posibles comportamientos humanos en relación con el derecho en tres categorías de actos: ordenados, prohibidos y permitidos (o no ordenados ni prohibidos). Gráficamente podríamos representarlo así:



El primer sector lo comprende los deberes positivos del sujeto (obligaciones de hacer o de dar); el segundo, los deberes negativos (obligaciones de no hacer); el tercero, sus derechos. Y de acuerdo con la teoría tradicional la libertad jurídica se manifiesta en la realización o no de los actos del tercer sector.

Tal clasificación es inadecuada para García Máynez, entre otras razones, por las siguientes: 1^a el primer sector, el de lo mandado u ordenado, no sólo se refiere a “acciones”, pues muchos deberes son omisiones (falta de acción); 2^a el segundo sector, el de lo prohibido,

¹⁴ Ver, *Filosofía del Derecho*, cit., p. 389; Cfr., *Introducción a la lógica jurídica*, cit., p. 201 (“el derecho de ejecutar u omitir aquellos actos que no están ordenados ni prohibidos); Cfr., “Libertad, como derecho y como poder”, cit., p. 109 (“la facultad de hacer u omitir aquello que no está ordenado ni prohibido”); Cfr., *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 219; Cfr., “La libertad como Derecho”, cit., p. 302.

no sólo se debe referir a no hacer, pues en muchos casos lo que se prohíbe es precisamente una omisión (se pueden prohibir acciones u omisiones); 3ª el tercero, si bien es el referido a los derechos, no es exclusivo, ya que en el primero también existen los llamados derechos de cumplir con el propio deber.

En la anterior clasificación, el sector de los procederes libres queda determinado por exclusión, se integra por los comportamientos que la ley no prohíbe ni manda. Lo cual hizo pensar a algunos autores que ese ámbito debe ser considerado como un espacio jurídicamente vacío, o como dice Kelsen, existe una relación entre el derecho y dichos comportamientos puramente negativa.¹⁵ Según Máynez, afirmar que los actos de esta clase no están jurídicamente regulados, es un error que se olvida de lo siguiente: “1. Que el sector de lo potestativo no está exclusivamente integrado por esas formas de conducta que no son objeto de una regulación *expresa*; 2. Que la circunstancia de que una conducta no sea materia de regulación no la priva de su carácter potestativo (en el supuesto claro está, de que no se encuentre ordenada ni prohibida)”.¹⁶ En relación con la primera objeción, parece claro que las normas del derecho pueden conceder expresamente a una persona la facultad de realizar u omitir determinados actos. En apoyo de la segunda objeción, Máynez señala lo siguiente: “aun cuando ninguna norma confiera *expresamente* a un acto carácter potestativo, el acto tiene tal carácter, porque el orden jurídico concede en forma presunta la facultad de hacer u omitir lo que sus normas no ordenan ni vedan”.¹⁷

¹⁵ *Introducción al estudio del derecho*, cit., p. 219; *Introducción a la lógica jurídica*, cit., p. 202; *Filosofía del Derecho*, cit., p. 390.

¹⁶ Ídem, la consideración final resulta difícil de entender, esto es, como es posible que una conducta que no sea materia de regulación, pueda estar ordenada o prohibida.

¹⁷ Tal afirmación resulta problemática y poco clarificadora sobre la situación o el estatus de las conductas que el derecho no menciona expresamente y sobre la posibilidad de la existencia de algún postulado de “clausura” del sistema jurídico. Sobre esto véase: Martín Diego Farrel, *Cuestiones de Filosofía y Derecho*, cit., pp. 39-

Afirmación que resulta de difícil encaje con esta otra del mismo autor: “para sostener que una conducta está jurídicamente permitida no basta la comprobación de que no está *expresamente* prohibida, ya que... la prohibición puede estar implícita”.¹⁸

La clasificación tripartita de las formas de conducta jurídicamente reguladas (obligatorias, prohibidas y permitidas) realizada por la doctrina tradicional cuando delimita el derecho de libertad, es inadecuada, según García Máynez, dado que el ámbito de lo permitido no se identifica con el de los actos libres o potestativos. Lo permitido es más amplio, pues no sólo se tiene la facultad de hacer lo que el derecho objetivo no manda ni prohíbe, sino también la de realizar lo que ordena. Este ámbito de lo permitido se corresponde con el de lo lícito; y el de lo prohibido con lo ilícito. Pero la actividad lícita rebasa el ámbito de la actividad jurídicamente libre, ya que en ella debemos distinguir lo lícito obligatorio y lo lícito potestativo. De ahí la siguiente propuesta de clasificación de las actividades jurídicamente reguladas en: I. Son lícitas: a) la ejecución

40, donde señala que “de acuerdo con esta concepción (la de Máynez), pareciera ser que, para que pueda calificarse a una conducta de «jurídicamente libre», el derecho tiene que mencionarla, declarándola facultativa. De lo contrario, la conducta sería «libre» (en el sentido de admitir una decisión volitiva contraria), pero no «jurídicamente libre». Interpretación que le resulta problemática a Farrel, por lo que entiende que Máynez después de ser consciente del carácter analítico de sus principios, “propuso completar su formulación de esta manera: lo que no está *expresamente* prohibido, debe considerarse como implícitamente *permitido*”. Por nuestra parte, pensamos que dicha formulación no se corresponde con la realizada por Máynez, y que el contexto de la misma era la regla técnica usada por Kelsen en relación con lo que cada sistema en concreto determine positivamente. Véase sobre esto: Eduardo García Máynez, “Los principios generales del derecho y la distinción entre principios jurídicos normativos y no normativos”, *Scritti Giuridici in Memoria di Piero Calamandrei*, V.1, Padova, Cedam, 1958, pp. 227-242 (recopilado en: *Ensayos filosófico-jurídicos 1934-1979*, México, Textos Universitarios, UNAM, Facultad de Derecho, 1984, 413 pp. Se cita por aquí, en pp. 170.171).

¹⁸ “Los principios generales del derecho y la distinción entre principios jurídicos normativos y no normativos”, en *Ensayos filosófico-jurídicos 1934-1979*, cit., p. 172.

de los actos ordenados; b) la omisión de los actos prohibidos; c) la ejecución o la omisión de los que no están ordenados ni prohibidos. II. Son ilícitas: a) la omisión de los actos ordenados; b) la ejecución de los prohibidos.¹⁹

En el ensayo “Libertad jurídica”, nuestro autor, piensa que la clasificación tripartita, debe reducirse desde el punto de vista lógico, a la división de los procederes regulados por el derecho en *conductas de ejercicio potestativo y de ejecución no potestativa*. Y estos últimos, a su vez, se subdividen en *jurídicamente ordenados y jurídicamente prohibidos*.²⁰ Este parece ser el criterio de división más acorde con la idea de libertad jurídica de Máynez, el de diferenciar los derechos en de ejercicio potestativo y de ejercicio obligatorio.²¹ Solamente en los primeros es posible que se manifieste la libertad en sentido jurídico; y tomando esto como base es posible definir la libertad jurídica en sentido positivo. Quedando relegada la definición negativa, que es la que determina el ámbito de la libertad jurídica por exclusión de los procederes que no son libres, para indicar los límites, pero no el contenido o la esencia de dicho derecho.²² De donde: “Libertad jurídica, en sentido positivo, es la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de los mismos no se agota en la posibilidad

¹⁹ Cfr., *Introducción al estudio del derecho*, cit. p. 221; *Introducción a la lógica jurídica*, cit., p. 206; “Libertad, como derecho y como poder”, cit., p. 110.

²⁰ “Libertad jurídica”, cit., pp. 597-598.

²¹ Criterio adoptado también en *Filosofía del Derecho*, cit., p. 391.

²² En sus propias palabras: “Cuando se dice que *libertad es el derecho de optar entre la ejecución y la omisión de los comportamientos que no están prohibidos ni ordenados*, ese derecho es definido negativamente, ya que el ámbito de la conducta potestativa se determina por *exclusión* de los procederes que las normas del derecho objetivo ordenan o prohíben. Lo jurídicamente libre resulta así *lo jurídicamente no ordenado ni prohibido*, lo cual revela que la definición negativa, más que indicarnos lo que la libertad es, únicamente dice lo que no es o, en otras palabras, señala sus límites, pero no su esencia” (“Libertad jurídica”, cit., p. 598).

normativa de cumplir un deber propio”.²³ La libertad en sentido jurídico, hace referencia al ejercicio o no ejercicio de los derechos subjetivos, por lo que se la debe considerar más que como otro derecho al lado de los ya conocidos, como una “*forma categorial de manifestación de todo derecho subjetivo, absoluto o relativo, privado o público*”.²⁴ No debemos perder de vista la distinción existente entre los derechos y el ejercicio de los mismos. Mientras los derechos son posibilidades normativas o facultades de obrar en distintos sentidos; el ejercicio de los derechos es un hecho, que consiste en la realización de lo que la norma autoriza.

El derecho de libertad, como su propio nombre indica, es un derecho que consiste en la facultad de optar entre el ejercicio o no ejercicio de otro derecho en el que se funda. Y en este sentido es clarificador el responder a dos cuestiones: a) ¿en qué consiste ese “fundarse” o “fundamentarse” ?; b) ¿qué derechos pueden servir de fundamento al derecho de libertad? Ambos interrogantes están ligados o entrelazados, pero antes de responder a los mismos conviene hacer ciertas precisiones de orden terminológico. García Máñez a

²³ Ver, *Filosofía del Derecho*, p. 391; Cfr., *Introducción al estudio del derecho*, p. 222; Cfr., *Introducción a la lógica jurídica*, p. 208; “Libertad jurídica”, p. 600; “La libertad como Derecho”, pp. 307-308; “Libertad, como derecho y como poder”, p. 111; sobre esta definición positiva y sus características, véase también: “La Axiomática jurídica y el derecho de libertad”, en *Los principios de la Ontología Formal del Derecho y su expresión simbólica*, cit., axioma noveno, pp. 97-98, donde se señala que de la definición positiva se infiere: 1. Que el de libertad es una facultad fundada en otro derecho. 2. Que se refiere a el ejercicio o no ejercicio de la facultad fundante. 3. Que el del obligado no puede servir de fundamento a un derecho de libertad. 4. Que todos los derechos que no se agotan en la facultad de cumplir un deber propio son de primer grado y, por ende, susceptibles de servir de fundamento a la *facultas optandi*. 5. Que la libertad jurídica es un derecho de 2º grado. 6. Que los tradicionalmente llamados de libertad, son de primer grado. 7. Que estos últimos, en cuanto derechos autónomos, pueden ejercitarse o no ejercitarse, por lo cual resultan fundantes del verdadero derecho de libertad, que es de segundo grado.

²⁴ “La libertad como Derecho”, p. 304; *Introducción al estudio del derecho*, p. 222; *Filosofía del Derecho*, p. 391; *Introducción a la lógica jurídica*, p. 208; “Libertad, como derecho y como poder”, p. 112.

la hora de clasificar los derechos subjetivos, emplea las expresiones: derechos independientes, de ejercicio potestativo y facultades fundantes como sinónimas; y las contraponen a los derechos dependientes, de ejercicio obligatorio (en los casos en que el derecho consistía en el deber de cumplir con la propia obligación) y facultades fundadas.²⁵ El derecho de libertad aparece ligado a todas las facultades independientes, y el nexo entre dicho derecho y las facultades que lo sustentan o fundan, se puede expresar diciendo que estas últimas son de primer grado, en tanto que aquél es de segundo. A los derechos que no se basan ni en un deber, ni en otro derecho, los denomina Máñez independientes o de primer grado; y los que se fundan en un deber o en otro derecho, dependientes o de segundo grado como es el caso del derecho de libertad o el derecho del obligado. En cuanto a las relaciones, entre los derechos dependientes y los deberes o derechos en los que se fundan, se pueden expresar, de acuerdo con nuestro autor, por medio de los siguientes principios universales y apriorísticos: “1. Todo derecho subjetivo no fundado en un deber del titular es fundante de un derecho de libertad. 2. Ningún derecho subjetivo cuyo fundamento sea un deber jurídico, puede ser fundante de otro derecho. 3. Los que se basan en deberes jurídicos son de ejercicio obligatorio. 4. El de libertad es en todo caso de segundo grado”.²⁶

Entre el ejercicio del derecho de libertad y el ejercicio de la facultad fundante podemos establecer las siguientes relaciones: El ejercicio de la facultad fundante implica al propio tiempo el ejercicio de la facultad fundada, pero en cambio ejercitar el derecho de segundo grado (el de libertad) no implica en todo caso el ejercicio del otro derecho, porque el titular puede optar por no hacer uso del de primer grado.

²⁵ Sobre las facultades fundantes y fundadas véase: *Introducción al estudio del Derecho*, cit., pp. 207-208.

²⁶ “Libertad jurídica”, p. 600.

El derecho de libertad es una *facultas optandi*, ya que consiste en la facultad que se concede al titular del derecho independiente de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de éste. Y como se trata de un derecho que se ejercita optando, puede manifestarse tanto en el ejercicio como en el no ejercicio. En el primer caso es una *facultas agendi*, y el deber correlativo consiste en no impedir al titular el ejercicio de la facultad fundante; en el segundo caso (caso de no ejercicio) se manifiesta como *facultas omittendi*, y el deber correlativo consiste en no exigir al titular que ejercite su derecho, si no quiere ejercitarlo. Lo cual no significa que existan tres derechos de libertad: *facultas optandi*, *facultas agendi* y *facultas omittendi*; sino que la *facultas optandi*, en que consiste el derecho de libertad, necesariamente debe manifestarse en un hacer o en un omitir.²⁷

En el Derecho, caben distintos tipos de *facultas optandi*, pues no siempre se trata de facultades de segundo grado como es el caso del derecho de libertad. El orden jurídico puede hacer depender de la realización de un supuesto normativo el nacimiento de dos o más facultades a las que puede optar libremente una persona, con exclusión de las restantes. Aquí la *facultas optandi*, se manifiesta como una facultad de primer grado, en la que, a su vez, se funda la *facultas optandi* de segundo grado, que consiste en el ejercicio o no ejercicio de la facultad o facultades entre las que puede optar. Como ejemplos de esto, señala Máynez, la solidaridad pasiva, en la que la *facultas optandi* del acreedor es de primer grado, o el caso del despido indebido, cuando se concede al trabajador la opción de elegir entre el cumplimiento del contrato o la indemnización.²⁸ También es posible una *facultas optandi* de ejercicio obligatorio, o sea fundada en un deber del titular. Con lo que no puede ser fundante

²⁷ Cfr., *Introducción al estudio del derecho*, p. 222; *Introducción a la lógica jurídica*, p. 209, donde añade: “la facultad de optar entre hacer y no hacer algo necesariamente implica la licitud de la acción y la omisión”.

²⁸ Cfr., *Introducción a la lógica jurídica*, pp. 211-212; *Filosofía del Derecho*, pp. 3931-393.

de un derecho de libertad, ni de segundo grado. Como ejemplo se señalan las obligaciones alternativas, donde el deudor puede elegir entre diversas prestaciones, pero lo que no puede es renunciar a la elección, ya que su derecho de optar se funda en el deber de hacerlo, por lo que dicho derecho es de ejercicio obligatorio.²⁹ Tenemos, al menos, tres tipos distintos de *facultas optandi* con diverso estatus jurídico: 1. De primer grado; 2. De segundo grado (la propia de la libertad jurídica); 3. De ejercicio obligatorio.

Hay tres cuestiones conexas con el derecho de libertad, cuyo análisis nos puede brindar claridad sobre el mismo, en concreto se trata de: la renuncia de los derechos subjetivos, las denominadas libertades públicas y el abuso del derecho. Veamos cada una de ellas.

La regla general es que el titular de un derecho subjetivo independiente pueda renunciar a éste, siempre que no afecte directamente al interés público y no perjudique a terceros. Pero la anterior regla se rompe ya en el caso de los denominados derechos de ejercicio obligatorio, donde la renuncia es *jurídicamente imposible* (según Máynez), ya que el derecho del obligado se agota en la facultad de cumplir el propio deber.³⁰ Pero donde se pueden plantear más problemas es en los derechos independientes o de primer grado que reciben la denominación de *derechos irrenunciables*, y que no se fundan como en el caso anterior en ningún deber. Aquí es necesario diferenciar el ejercicio o no ejercicio del derecho, de la facultad de renuncia a dicho derecho, pues desde el punto de vista teórico, mientras la renuncia extingue el derecho, su no ejercicio lo deja en pie. Cuando se dice que un derecho es irrenunciable, se quiere poner de manifiesto que su renuncia no produce efectos legales, lo

²⁹ Cfr., *Introducción a la lógica jurídica*, p.213; *Filosofía del Derecho*, p.392. Al respecto recuérdese lo señalado en la nota a pie de página número 8, donde Recasens denominaba a esta opción derecho de libertad.

³⁰ Cfr., *Introducción a la lógica jurídica*, pp.213-214; *Filosofía del Derecho*, p.392, donde se añade: “Como el derecho de que estamos tratando es de ejercicio obligatorio, la renuncia sería desde el punto de vista jurídico, inexistente”.

cual es así por voluntad de legislador, que desea salvaguardar determinados intereses del facultado aún en su contra. Pero lo anterior no convierte a la facultad, en facultad de ejercicio obligatorio, sino que sigue existiendo la posibilidad de ejercitarlo o no, lo único que se veta es que la renuncia de esa facultad tenga efectos jurídicos. Por eso los llamados derechos irrenunciables, son fundamento del derecho de libertad que permite optar entre su ejercicio o no ejercicio, aquí lo que se niega es el derecho de renuncia. El derecho de renuncia no es de ejercicio obligatorio, por lo que es fundante de un derecho de libertad, que permite a su titular optar entre su ejercicio y no ejercicio. Esta facultad de renuncia –dice Máynez– es, a un tiempo, dos relaciones distintas, fundante y fundada. Frente al derecho renunciante aparece como fundada; frente al de libertad como fundante. “El titular de un derecho cuya renuncia no se prohíbe tiene, pues dos *facultas optandi*: 1. la que se refiere al ejercicio o no ejercicio de ese derecho; 2. la referida al ejercicio o no ejercicio del de renuncia”.³¹

Conviene no confundir el derecho de libertad con las denominadas “libertades públicas”, pues el derecho de libertad se manifiesta no sólo en estas “libertades públicas”, sino en todos los derechos subjetivos de ejercicio potestativo. Las libertades públicas, tales como la libertad de pensamiento, de tránsito, de asociación, etc., que normalmente vienen recogidas en textos de naturaleza constitucional, son derechos independientes de primer grado, y como tales fundantes del derecho de libertad (que es un derecho de segundo grado). Según Máynez “la única diferencia entre estas manifestaciones de nuestra libertad jurídica y las referidas a otros derechos independientes estriba en que las primeras (libertades públicas) descansan en facultades que gozan de una protección *sui generis*, ya que, como es sabido, las leyes en que se fundan no pueden ser mo-

³¹ *Introducción a la lógica jurídica*, pp.214-216; *Filosofía del Derecho*, pp.393-394.

dificadas o derogadas en la misma forma que las ordinarias”.³² A lo que deberíamos añadir, que tales derechos no sólo tienen especial protección frente a su posible modificación o derogación, sino que suelen gozar, dado el peso valorativo de su contenido material, de vías preferentes para garantizar su efectividad frente a cualquier tipo de violación o limitación de los mismos.

En lo que se refiere a la conocida teoría del “abuso del derecho”, en relación con el derecho de libertad y el ejercicio de los derechos, la posición mantenida por nuestro autor, es la del rechazo absoluto de tal planteamiento teórico dado que: “*el uso ilegal de un objeto no puede ser considerado como ejercicio de un derecho*”. En su opinión, es impropio hablar de abuso o uso abusivo de un derecho, ya que nadie puede abusar de las facultades legales, pues por definición estas excluyen cualquier ejercicio antijurídico. Donde el “abuso” empieza el “derecho” termina, no hay abuso de derecho, sino violación de un deber.³³

Un aspecto, que nuestro autor destaca desde sus primeros trabajos sobre la libertad jurídica es el de la validez de su concepto de derecho de libertad tanto para una concepción positivista o normativista del derecho como para las doctrinas iusnaturalistas o que admiten la existencia de dos órdenes. La razón de tal elasticidad reposa en el hecho de que esa noción se basa en el análisis de las relaciones ontológico-jurídicas que existen, por un lado, entre el derecho subjetivo y el deber jurídico; y por otro, entre los derechos subjetivos y su ejercicio y no ejercicio. Se trata pues de un con-

³² *Introducción a la lógica jurídica*, p.224; *Filosofía del Derecho*, p.398; Cfr., “Libertad jurídica”, pp.600-601, para mostrar la conexión necesaria existente entre derecho y deber, y entre derecho y ejercicio del mismo, Máñez realiza la siguiente reflexión: “en un orden normativo en que nadie tuviese más derecho que cumplir con su deber, la libertad no existiría”; “y si todos los derechos fuesen de ejercicio libre no habría en realidad régimen jurídico, porque donde nadie está obligado a nada, nadie puede tener derechos subjetivos”.

³³ Sobre el “abuso del derecho” en Máñez, ver “Libertad, como derecho y como poder”, pp.146-148; *Introducción a la lógica jurídica*, pp.226-230.

cepto puramente formal y válido para todo orden jurídico. En un sistema positivista o normativista la esfera de libertad jurídica de cada sujeto vendrá determinada por la de los derechos independientes que el legislador le otorgue. Y en un sistema iusnaturalista, cada sujeto tendrá la libertad jurídica de ejercitar o no ejercitar los derechos independientes que el orden de derecho natural le conceda. Máynez es consciente que la aceptación de un dualismo (orden de derecho natural-orden de derecho positivo) puede plantear conflictos entre preceptos de uno y otro orden, lo que traería consigo también conflictos entre las esferas de libertad que cada orden concede a los titulares de derechos independientes.³⁴ Pero dicha tensión o conflicto entre lo puesto y los ideales de justicia, es algo visto como necesario y positivo, dado que “el ámbito de las facultades de estas normas (se refiere a las de cada ordenamiento concreto) conceden a las personas jamás coincide, de manera cabal, con el de los derechos que, desde el punto de vista estimativo debieran reconocérsele”.³⁵ Y añade como colofón: “Cada vez que los hombres o los pueblos obtienen el reconocimiento de un nuevo derecho, concomitantemente aumenta su libertad; cada vez que sus facultades legales son restringidas, su libertad disminuye. Hablando en lenguaje matemático podríamos declarar que esta última es, en todo caso, un función (entendiendo por tal, variable dependiente de otra variable) de los derechos subjetivos independientes”.³⁶

³⁴ Cfr., “Libertad, como derecho y como poder”, pp. 124-126; *Introducción al estudio del derecho*, 224-226; *Introducción a la lógica jurídica*, 219-221; *Filosofía del Derecho*, pp. 395-397.

³⁵ *Introducción a la lógica jurídica*, p. 222, el subrayado es nuestro, para destacar la tensión que establece entre el derecho positivo y el ámbito axiológico en su concepción de la idea jurídica y su desarrollo dialéctico, al respecto ver: Jesús Aquilino Fernández Suárez, *La Filosofía jurídica de Eduardo García Máynez*, Oviedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 1991, pp. 292-296.

³⁶ *Introducción al estudio del derecho*, p. 226; “Libertad, como derecho y como poder”, p. 125; *Introducción a la lógica jurídica*, pp. 22-223; *Filosofía del Derecho*, p. 397.

III. EL DEBATE ENTRE MÁYNEZ Y COSSIO

Pasemos al análisis de la polémica mantenida entre García Máynez y Carlos Cossio a propósito del derecho de libertad. Discusión muy conocida a mediados del siglo XX y que despertó especial interés entre la iusfilosofía de habla hispana y portuguesa. El debate se inició a raíz del ensayo de Máynez “Libertad, como derecho y como poder”, que fue comentado y criticado por Carlos Cossio en su monografía *Las lagunas del derecho*.³⁷ Por su parte, Máynez respondió a dicha crítica en su ensayo “Una discusión sobre el concepto jurídico de Libertad” (Respuesta a Carlos Cossio).³⁸ Y a su vez, Carlos Cossio respondió en su obra *La Teoría Ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*,³⁹ donde dedica un apéndice de unas cincuenta páginas a dicha polémica, Máynez ya no respondió a este último trabajo, con lo que la discusión quedó terminada, al menos entre ellos.

Como ya hemos visto las ideas básicas del derecho de libertad de Máynez, comenzaremos señalando, en primer lugar, los comentarios de Cossio; a continuación, la réplica de Máynez y, por último, un balance de dicha discusión.

Cossio inicia sus comentarios con un elogio y valoración muy positiva de la aportación de Máynez al tema del derecho de libertad, con expresiones tales como “éxito concluyente” o “una base firme para aprovechar y una conclusión definitiva a la cual referirse”.⁴⁰ A continuación, añade que la respuesta que da el profesor mexicano a la pregunta ¿qué es la libertad jurídica? es “muy particular e impro-

³⁷ Recopilado en el libro de mayor extensión de Cossio *La plenitud del ordenamiento jurídico*, 2ª Edición, Buenos Aires, Losada, 1947, pp. 17-135 (por aquí se citará a continuación, los comentarios a Máynez pp. 92-114).

³⁸ En *JUS, Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, T.VIII, n° 47, junio, 1942, México, pp. 351-385.

³⁹ Buenos Aires, Losada, 1944.

⁴⁰ Carlos Cossio, *La plenitud del ordenamiento jurídico*, cit., pp. 92-93.

pia”, pese a reconocer que ha sido capaz de ofrecer una definición positiva. Antes de proseguir en su crítica, el profesor argentino entiende que son necesarias ciertas precisiones terminológicas, debido a que Máynez usa como sinónimas las expresiones *derecho de libertad* y *libertad jurídica*,⁴¹ algo que no le parece apropiado. Para Cossio, el “derecho de libertad” es lo que él denomina “derecho o facultad de señorío”, y “la libertad jurídica”, es la libertad en sentido metafísico, jurídicamente considerada y calificada como lícita.

Tal como señalamos anteriormente el punto de partida de los análisis de Máynez, estaba en la clasificación tradicional entre actos ordenados, prohibidos y permitidos; pues bien, para Cossio, esto es un error. En primer lugar, porque dicha clasificación es considerada lógicamente falsa, dado que carece de *principium divisionis*;⁴² y en segundo lugar, porque es innecesaria, y plantea la duda de si el Prof. mexicano la sigue (en su perjuicio) o la abandona. La abandona – en opinión de Cossio – cuando afirma que el derecho de libertad no es *una especie* situada en el mismo plano que el resto en la clasificación de los derechos subjetivos, sino una forma categorial de manifestación de todo derecho subjetivo.⁴³ Y se mueve dentro del esquema, cuando distingue lo permitido en *lato sensu* y *stricto sensu*, y en el ámbito de este último (lo lícito potestativo) encasilla el

⁴¹ *La plenitud del ordenamiento jurídico*, cit., p. 94, donde dice: “No nos parece que se puedan usar como sinónimas las expresiones derecho de libertad y libertad jurídica, pues en tanto la primera es unívoca al referirse a la facultad de señorío, la segunda es equívoca porque, junto con esta sinonimia artificialmente establecida, conserva siempre su referencia a otra diversa cual es el dato metafísico de la libertad humana jurídicamente considerada y calificada con el signo positivo de lo lícito o permitido”.

⁴² *Ibidem*, pp. 95-98 y añade: “bajo la enunciación aparente de tres clases de actos o acciones, se refiere en realidad a unos exclusivamente como deberes (secciones 1 y 2, ordenados y prohibidos) y a otros exclusivamente como facultades (sección 3, permitidos). La división no es, pues, una división lógica; apenas es un agrupamiento de actos”. Y unos párrafos después dice: “...la facultad jurídica está en los tres casilleros...”.

⁴³ *Ibidem*, p. 99.

derecho de libertad. Distinción entre lo lícito potestativo y lo lícito obligatorio, que según Cossio, es lógicamente falsa dos veces. Una, porque el concepto de lícito obligatorio, no hace referencia a la facultad o derecho del obligado. Otra, porque la licitud es una nota puramente lógica del Derecho, que como tal no puede ser determinada como potestativa ni como obligatoria.⁴⁴

Después de las anteriores observaciones, Cossio se reafirma en la crítica a la postura de Máynez de entender sinónimas las expresiones “libertad jurídica” o “libertad como derecho” y “derecho de libertad”. Para Cossio, denominar derecho de libertad a la “facultad de señorío” no plantea mayores problemas; pero dejar la libertad jurídica limitada a eso, “es algo que no se puede aceptar sin gran violencia de los términos y sus significaciones, porque al ejercitar mi derecho de cumplir mi propia obligación, mi libertad metafísica de hacerlo es libertad como derecho, aunque no es facultad jurídica de señorío”.⁴⁵ Como muestra del error en que se incurre al limitar la libertad jurídica al ámbito de los procederes potestativos, se señala el distinto modo que tiene Máynez de justificar los derechos subjetivos. Según Cossio, emplea dos criterios de diverso valor lógico: para la facultad de señorío, la vía demostrativa y para la facultad de inordinación o derecho del obligado (en terminología de Máynez) la vía mostrativa. Mientras este segundo es de fácil justificación, pues quien tiene el deber de hacer algo, esta lógicamente autorizado para hacerlo (es el juego del principio de no contradicción); la facultad de señorío no tiene otra justificación –para Máynez– que el camino de la vía demostrativa, y se recurre a una demostración teleológica.⁴⁶ Cossio, por su parte, entiende “que la facultad de se-

⁴⁴ *Ibíd.*, p. 100, y continua: “lo lícito en cuanto tal es idéntico en uno y otro caso y su concepto no se enriquece o determina mayormente con agregarle los calificativos de potestativo u obligatorio, que no se refieren a él, ciertamente, sino a la actividad que ejercita el sujeto jurídico”

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 101.

⁴⁶ *Ibíd.*, pp. 103-106.

ñorío se justifica lo mismo que la facultad de cumplir con el propio deber, es decir por mostración y no por demostración”. Mostración que es la misma en ambos casos, “porque en ambos casos lo que se muestra con evidencia inmediata es el Derecho en tanto facultad”.⁴⁷

Máynez responde a las anteriores críticas, de manera extensa y pormenorizada, en su artículo: “Una discusión sobre el concepto jurídico de libertad (Respuesta a Carlos Cossio)”. Ya podemos adelantar, que Máynez se reafirma en sus tesis centrales y entiende que la mayor discrepancia entre ambos es puramente terminológica y de cuestiones de importancia secundaria en amplia medida fruto de problemas interpretativos.

Al igual que en su momento hiciera Cossio, Máynez comienza su respuesta realizando las precisiones terminológicas necesarias para situar y comprender las posiciones adoptadas. Y no cree que la respuesta que da al interrogante ¿qué es la libertad jurídica? pueda ser tachada de “impropia” por el hecho de emplear la expresión “libertad jurídica” como sinónimo de “derecho de libertad”, pues para Máynez ambas expresiones poseen un significado unívoco. Para él, la libertad en el ámbito jurídico “*sólo puede ser correctamente concebida como derecho*”. Cuestión distinta es la libertad de la voluntad, que “puede ser considerada como dato de cualquier facultad jurídica (no sólo del derecho de libertad), en cuanto es un *hecho* que el derecho no ha creado, sino que existe independientemente de él, como algo «dado» al mismo”.⁴⁸ Para Máynez, lo indebido no es el llamar “libertad jurídica” al “derecho de libertad”, sino el de-

⁴⁷ *Ibíd.*, p. 107, y en la siguiente página añade: “... lo que necesita justificación son las limitaciones a la facultad de señorío; y esa justificación, que es contingente, es axiológica...”. Y en las páginas 109-114, aparte de otras consideraciones marginales, nos indica que la facultad jurídica se justifica ontológicamente en el principio evidente de que todo lo que no está prohibido está jurídicamente permitido. Lo cual es válido tanto para la facultad de señorío como para la de cumplir con el propio deber, o en palabras de Cossio, “facultad de inordinación”.

⁴⁸ Ver, “Una discusión sobre el concepto jurídico de libertad” (Respuesta a Carlos Cossio), *cit.*, p. 351.

nominar “libertad jurídica” a la “libertad de la voluntad”, porque esta no es derecho, sino hecho. De ahí que no se deban confundir, ni identificar la libertad como derecho y la libertad como dato o como voluntad. Y prueba de ello es el propio título de su trabajo: “Libertad como derecho y como poder”, que revela el propósito de distinguir ambos conceptos. Aunque la libertad de la voluntad presente el signo de lo lícito o lo permitido tanto en el caso del derecho de libertad como en el de cumplir la propia obligación, entre ambos existe una diferencia esencial, que obedece a la no identidad de tales derechos. Para apreciar mejor la distinción entre dichos derechos, nos presenta el siguiente esquema (casi innecesario por su simplicidad):

| | EJERCICIO | NO EJERCICIO |
|--|-----------|--------------|
| Derechos cuyo contenido no se reduce a la facultad de cumplir un deber propio. | permitido | permitido |
| Derecho al cumplimiento de la propia obligación.* | permitido | prohibido |
| * “Una discusión sobre el concepto jurídico de libertad” (Respuesta a Carlos Cossio), cit., pp. 354-356. | | |

Desde el punto de vista terminológico, a Máynez le resulta indebido el crear la denominación “derecho de señorío” para un derecho que siempre se ha llamado de libertad, así como denominar jurídica a la libertad del querer, de la voluntad o libertad metafísica.⁴⁹

Por otro lado, respecto a la crítica del esquema de clasificación tradicional de los actos humanos desde el punto de vista jurídico en: ordenados, prohibidos y permitidos, Máynez considera que “no

⁴⁹ Cfr., *Ibidem*, p. 357.

puede considerarse como lógicamente falso porque, en primer lugar, si tiene *principium divisonis* y, en segundo término, porque el «agrupamiento» a que alude Cossio es completo, ya que todo acto humano corresponde jurídicamente a cualquiera de las tres categorías de lo ordenado, lo permitido y lo prohibido”.⁵⁰ El *principium divisionis*, según Máynez, se encuentra implícito en el esquema, y muestra de ello son las propias palabras de Cossio cuando dice que los ordenados y los prohibidos son obligatorios. Dicha división responde a que las obligaciones pueden tener como contenido una acción o una omisión. En cuanto a la crítica de la indecisión de seguir dicho esquema, Máynez considera que no hay tal, y que en realidad no se aparta de dicho esquema cuando afirma que el derecho de libertad no es una especie al lado de otras, sino una forma categorial de manifestación que se refiere exclusivamente a los derechos de primer grado. Y en cambio, cuando se le critica el que siga dicho esquema, las razones que se alegan es que divide lo permitido en *lato sensu* y *stricto sensu* y que encasilla el derecho de libertad en este segundo ámbito. Cuando es precisamente lo que pretende demostrar el Prof. mexicano, que la libertad como derecho es una forma categorial de manifestación de las facultades que pertenecen al ámbito de lo permitido *stricto sensu* o si se prefiere al de lo potestativo.⁵¹ Tampoco comprende Máynez la crítica de considerar lógicamente falsa la distinción: lícito potestativo y lícito obligatorio. Pues “aun cuando la licitud sea nota puramente lógica del derecho, nada impide distinguir aquello que siendo permitido se agota en la facultad de cumplir un deber propio, de lo que, siendo igualmente lícito, no implica la observancia de un deber propio”.⁵²

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 360-361.

⁵¹ Cfr., *ibidem*, pp. 365-366, y añade: “Nunca he escrito ni pensado que la libertad jurídica exista en relación con los actos ordenados”.

⁵² *Ibidem*, p. 368, distinción que Máynez considera clave para la noción de la libertad como derecho.

Frente a la objeción de que Máynez justifica el derecho subjetivo mediante una demostración teleológica; éste responde que más que una justificación teleológica, es normativa, porque no se basa en los conceptos de medio y fin, sino en la noción de deber. Y añade: “lo que en última instancia justifica mi derecho de libertad, es el deber jurídico a que se halla mediata o inmediatamente referido, no la circunstancia de que se manifieste en la selección de los medios que condicionan el cumplimiento de tal deber”.⁵³ En apoyo de su tesis, Máynez menciona una obra por la que siente especial admiración: *El sentido funcional del derecho de propiedad*, de M. Semprún y Gurrea,⁵⁴ por considerarla el estudio más profundo que conoce de justificación del derecho subjetivo como función del deber jurídico. Como muestra de que el derecho y el deber se encuentran indestructiblemente ligados, se destacan las siguientes afirmaciones de Semprún y Gurrea: “*No hay ningún derecho que conceptualmente no se engendre en un deber*”, afirmación que se completa con ésta otra: “*De todo deber se deduce lógicamente un derecho*”.⁵⁵ Ideas que le sirven a nuestro autor para afirmar que, si bien el principio que usa Cossio de que “todo lo que no está prohibido está permitido”, resulta evidente y es una demostración, no es realmente una justificación. Para justificar en el ámbito normativo hay que demostrar no que algo existe, sino que debe existir. Lo que en palabras de Máynez sería: “...para justificar un derecho (ya se reduzca a la facultad de cumplir un deber propio, o sea derecho al cumplimiento de un deber ajeno) es indispensable mostrar, en la forma en que lo hace Semprún y hemos tratado de

⁵³ *Ibidem*, p. 373, y sigue: “Pues una cosa es el contenido del derecho de libertad y otra muy distinta la justificación del mismo en función de ciertos deberes del sujeto”.

⁵⁴ Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933.

⁵⁵ Cfr., “Una discusión sobre el concepto...”, cit. pp. 374-376.

hacerlo nosotros, la relación genética existente entre lo debido y lo permitido”.⁵⁶

Por último, Máynez se reafirma en su tesis central de distinción entre el derecho de libertad y la libertad metafísica, sin desconocer que ésta es un “dato” frente cualquier facultad jurídica. Desde el punto de vista terminológico le parece un uso más correcto el que él hace de la libertad jurídica y no el de Cossio que denomina jurídica a la libertad metafísica o de la voluntad. Y como apoyo de dicha distinción entre ambos tipos de libertad, la jurídica y la de la voluntad, Máynez hace referencia a la posición que mantiene N. Hartmann,⁵⁷ para quien “la libertad jurídica no implica un poder (können) sino un estar facultado o autorizado (dürfen). Su radio de acción no es el de lo elegible, sino el de lo permitido, es decir, el de aquello a lo que la persona está legalmente autorizada”. “La libertad de la voluntad es libertad del poder hacer, no del estar facultado”.⁵⁸ Resulta evidente que la libertad jurídica y la libertad de la voluntad son dos cuestiones diversas en esa relación entre poder y facultad.

IV. BALANCE

A modo de balance o síntesis de lo más significativo de la anterior discusión entre Cossio y Máynez, podemos apuntar lo siguiente:

En primer lugar, son más los elementos de coincidencia que de discrepancia entre ambas posiciones, máxime teniendo en cuenta la

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 382, y sigue: “De lo contrario simplemente se muestra que se permite lo que no se prohíbe, mas no que necesariamente ciertas formas de conducta deban permitirse. Además, la oposición contradictoria de los términos prohibido-permitido no puede ser considerada como una justificación del derecho de libertad porque, como hemos visto más arriba, la palabra permitido se emplea aquí en su sentido amplio y se refiere, en consecuencia, tanto al derecho del obligado, cuanto al derecho de libertad”.

⁵⁷ Nicolai Hartmann, *Ethik*, Berlín, Zweite Aufl, 1935, en especial pp. 580-581.

⁵⁸ Ver, Una discusión sobre..., cit., p. 385.

diversa concepción filosófica del derecho que mantiene uno y otro autor. A modo de ejemplo de lo dicho, véase la siguiente crítica que dirige el Prof. mexicano a Cossio: “Estoy de acuerdo en que la conducta es «libertad metafísica fenomenalizada» (yo preferiría decir: manifestación de la libertad metafísica); pero no considero correcto afirmar que el Derecho es conducta. El derecho es *norma de conducta, no conducta*”.⁵⁹ Como se ve, existe más diferencia entre ambos sobre qué sea el derecho, qué sobre lo que sea la libertad jurídica.

En segundo lugar, la mayor parte de la discusión se ha centrado en cuestiones terminológicas, esto es, en diferencias de denominación entre ambos autores. Si bien es cierto que en aras del rigor y el entendimiento es necesario realizar un esfuerzo de precisión terminológica, no es menos cierto que las cuestiones nominativas son un primer paso o nivel de análisis que una vez realizado requiere pasar al nivel sustancial o de contenidos de los problemas planteados. De hecho, una vez aclaradas las anteriores cuestiones de denominación, la diferencia más significativa es la mayor extensión que el Prof. argentino le atribuye a la libertad jurídica. Mientras Máynez limita la libertad jurídica al campo de lo potestativo, Cossio entiende que se da en todo el campo de lo lícito, tanto en el ejercicio de los derechos independientes como en los dependientes, facultades de inordinación o si se prefiere derechos del obligado.

En tercer lugar, reconociendo en general que son más los acuerdos que las diferencias entre ambas posiciones, en las matizaciones y apreciaciones concretas de las cuestiones estamos más de acuerdo con las razones y explicaciones aducidas por Máynez, con las siguientes precisiones o salvedades:

1^a.- El esquema tradicional de división de los actos humanos regulados por el derecho en tres sectores, no nos parece necesario para llegar a la definición positiva de la libertad jurídica dada por García Máynez. Desde el punto de vista lógico es necesaria y suficiente la

⁵⁹ Ib., p. 370.

división que establece los procedimientos regulados por el derecho, en conductas de ejecución potestativa y de ejecución no potestativa. Quedando la libertad jurídica referida al primer ámbito. Otra cosa es que el segundo, el de los procedimientos no potestativos, lo dividamos en jurídicamente ordenados y jurídicamente prohibidos, lo que para el derecho de libertad no tiene repercusión alguna.

2^a.- Cuando Máynez se pregunta qué ¿por qué da Cossio el calificativo de jurídica a la libertad como dato o metafísica referida al Derecho?⁶⁰ pensamos que la respuesta está implícita en la misma pregunta, y no resulta en modo alguno desafortunada ni indebida. Cossio la denomina libertad jurídica, porque hace referencia a la conducta humana que puede ser considerada y calificada jurídicamente como *licita*. No nos parece que exista ningún inconveniente en aceptar que se puede hablar de la “libertad jurídica” en relación a actos lícitos, al lado del “derecho de libertad” y de la libertad en general o libertad de la voluntad. Son tres expresiones distintas con contenidos diversos y distinta extensión; lo que ocurre es que debido al empleo que hace Máynez de dichas expresiones, en concreto considerando como sinónimas la “libertad jurídica”, el “derecho de libertad” y la “libertad como derecho”, no admite ese tercer ámbito de lo que Cossio llama la libertad jurídica, referida a todo proceder lícito.

3^a.- Señalar, por último, que las citas de N. Hartmann realizadas por Máynez,⁶¹ son claras en cuanto a la diferencia entre libertad jurídica y libertad de la voluntad. Lo que no está claro, es el ámbito de la libertad jurídica. Ámbito que se enmarca dentro de lo permitido. Pero ¿de qué permisión se habla?, si es en sentido lato, está más próxima al sentir de Cossio, que al del propio Máynez que trae la cita a colación.

⁶⁰ Ib., p. 384.

⁶¹ Ib., pp. 384-385.

INSTRUCTIVO PARA LOS AUTORES



I. POLÍTICA EDITORIAL

La *Revista* es una publicación académica semestral, sobre temas de investigación, comentarios jurisdiccionales y reseñas. Promueve e incentiva la publicación de las investigaciones realizadas por los estudiantes inscritos en los programas del Posgrado de Derecho de la UNAM. Cuenta con comité editorial y comité asesor conformado por destacados profesores universitarios nacionales y extranjeros.

II. LINEAMIENTOS EDITORIALES

Se preferirán trabajos originales e inéditos, que serán dictaminados por académicos nacionales e internacionales expertos en los temas sobre los que versen. Podrán realizarse traducciones al español, siempre que sean publicadas por primera vez en esta *Revista* y se cuente con los derechos o permisos correspondientes.

III. PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

Considerando las observaciones descritas a continuación, la cuartilla contendrá entre 30 y 35 líneas y cada una de ellas deberá tener entre 80 y 90 golpes (caracteres y espacios). Estas características deben aplicarse a notas, apéndices, bibliografía y cualquier otro complemento del original. Los márgenes se dispondrán de la siguiente manera: superior e inferior, 2.5 cm; izquierdo y derecho, 3 cm; y la tipografía con las siguientes características: fuente, Times New Roman; tamaño, 12 puntos, a menos que se indique otra cosa; y 1.5 de interlínea.

1. TÍTULO

Éste es una palabra o frase con la función de dar a conocer el asunto que se va a tratar, por ello debe ser claro breve y conciso; en la

manera de lo posible deben evitarse los enunciados explicativos, pero de ser necesarios basta con separarlos del título con un punto. Es importante destacar que los títulos no deben escribirse en negritas o cursivas, tampoco es necesario subrayarlos y no llevan punto final; se escribirán en la misma fuente, Times New Roman, pero su tamaño será de 14 puntos, estará justificado y se usarán mayúsculas, o altas, y minúsculas, o bajas. Estas consideraciones deben aplicarse también a los títulos y subtítulos que dividen internamente la obra, como partes, capítulos, secciones, incisos y entradas.

2. AUTOR

El nombre del autor se escribirá en altas y bajas, y llevará el siguiente orden: nombres, apellido paterno y materno. Si la obra o artículo se escribió por más de un autor se separarán por punto y coma, y seguirán el mismo orden.

3. SINOPSIS CURRICULAR

Ésta no deberá exceder los 400 golpes, incluyendo espacios. Para evitar confusiones, cuando se trate de un texto con más de un autor se emplearán asteriscos para indicar cuál es el resumen curricular de cada uno. Es necesario incluir la institución a la que está adscrito actualmente.

4. CORRESPONDENCIA

Con la finalidad de propiciar el diálogo entre los autores y sus lectores, será necesario proporcionar un solo correo electrónico, éste no debe tener hipervínculos y se escribirá entre diples (*v. g.*: <correo@unam.mx>).

5. SUMARIO

El sumario es una guía para el lector, por lo tanto no son exhaustivos, es decir, sólo contiene las secciones del trabajo que precede, aunque éste encierre también incisos y entradas. Se presentará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *sumario* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las secciones que conforman el artículo, estarán numeradas con romanos, al que le seguirá un punto, sin guión, un espacio y luego el nombre de la sección en altas y bajas, y con punto y coma, así hasta agotar las secciones; con la diferencia de que la última terminara con punto final.

6. RESUMEN

Éste es un texto breve y preciso, por lo que debe considerar sólo lo esencial del tema abordado en la obra. No excederá los 1,000 golpes, incluyendo espacios; estará sin sangría, justificado y precedido de la palabra *resumen* en altas y bajas, y en negritas, seguida de dos puntos, también en negritas, un espacio y luego el texto que compone propiamente al resumen y punto final. Este resumen deberá traducirse al inglés con el nombre de *abstract* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

7. PALABRAS CLAVE

Éstas son conceptos que destacan por su importancia en el tema tratado, el autor deberá presentarlas de la siguiente manera: las palabras *palabras clave* en altas y bajas, y en negritas, seguidas de dos puntos también en negritas, un espacio y luego cada una de las palabras clave y punto final. Las palabras clave deberán traducirse al inglés con el nombre *Keywords* y presentarse con las mismas especificaciones que la versión en español.

8. FOLIOS

El original del material literario debe estar foliado en su totalidad, es importante que se emplee el formato: página actual en arábigos, un espacio, diagonal, un espacio y número total de páginas en arábigos (1 / 300, por ejemplo). El folio debe estar dispuesto en la esquina inferior derecha y se utilizará la misma fuente que en el resto del trabajo, Times New Roman a 12 puntos.

9. PARTES DEL ORIGINAL

Los materiales presentados deben considerar la siguiente división, aunque no es obligación que cuenten con cada una de las divisiones sugeridas:

| | |
|-------------------|---------------------------------------|
| | Título |
| | Autor |
| | Sinopsis curricular y correspondencia |
| | Dedicatoria |
| | Sumario |
| | Resumen |
| | Palabras clave |
| | <i>Abstract</i> |
| | <i>Key words</i> |
| Cuerpo de la obra | I. Partes con números romanos |
| | 1. Secciones en números arábigos |
| | a) Incisos |
| | <i>Entradas en cursivas</i> |
| | II. Fuentes |
| | Apéndice o anexos |

10. CITAS TEXTUALES

Las citas textuales de una obra deben, sin excepción, ofrecer la referencia bibliográfica, a la que se remitirá a través de un número en súper índice que, dado el caso, irá pospuesto a cualquier signo de puntuación, y concordará con el número de nota asignado a pie de página. Cuando la extensión de la cita es menor o igual a 350 caracteres (con espacios) irá delimitada por comillas (“ ”), pero si excede tal extensión se transcribirá *a bando*, es decir: separado del párrafo, sin comillas y sangrado 5 mm en todas sus líneas, dejando en blanco una línea antes y otra después del párrafo. Cuando la cita incluya entrecomillados internos se hará de la siguiente manera: “texto muestra ‘texto muestra’ texto muestra”.

Aunque lo común es que las citas *a bando* se escriban en un tamaño menor a la fuente empleada en el cuerpo del texto, no es necesario que el autor lo haga, pues esto dificulta la tarea del corrector de estilo y del editor al momento de revisar el material.

Como regla general, no es necesario indicar la supresión de texto al principio o al final de una cita; pero, por otro lado, si en la transcripción se ha prescindido de algún fragmento del texto original al interior de la cita, se indicará con puntos suspensivos entre corchetes ([]). Del mismo modo, si el autor siente la necesidad de agregar algún texto a la cita, lo hará entre corchetes.

11. NOTAS A PIE

Como ya se mencionó, las llamadas a nota se indicarán con números en súper índice. En caso de que haga falta una segunda serie se emplearán asteriscos.

Las notas a pie de página pueden contener información bibliográfica (aparato crítico) o bien comentarios un tanto al margen del tema principal que trata la obra. Para el primer caso, las referencias bibliográficas deben aparecer completas la primera vez a que se

mencionen y llevarán el siguiente orden: nombre del autor, empezando por nombre de pila, el nombre del libro en cursivas, ciudad de publicación, editorial, año de edición y la página o páginas consultadas. Posteriormente se emplearán las locuciones latinas o abreviaciones bibliográficas que para tales efectos se emplean.

12. TABLAS, GRÁFICAS Y FIGURAS

Las tablas deben estar compuestas por el autor, esto significa que no es suficiente copiar y pegar la información de Internet, pues ésta, por lo general, no tiene la calidad suficiente para ser impresa, además, es difícil que el diseño se adapte al propio de la publicación. Es necesario que las tablas no lleven un formato especial, por lo que no se deben sombrear las celdas y las líneas de división deben estar siempre visibles. El contenido debe estar compuesto en la misma fuente que todo el documento (Times New Roman a 12 puntos). Por otro lado, es muy importante que las tablas estén compuestas en una sola pieza; en ocasiones, cuando la tabla es muy grande, quien la elabora la divide en varias tablas, lo que, y pese a sus mejores intenciones, sólo complica el trabajo de edición.

En el caso de las gráficas y figuras, el autor debe, siempre que sea posible, realizarlas él mismo. También tendrá en cuenta que estos elementos son de carácter informativo no decorativo. Los pies deberán entregarse en el mismo archivo que su correspondiente gráfica o ilustración y seguirán el siguiente formato: comenzarán con la palabra *figura* en altas y bajas, y en negritas, seguida de un punto, también en negritas, y posteriormente el texto propio del pie, justificado y en la fuente Times New Roman a 12 puntos, con 1.5 de interlinea, llevará punto final.

Todas las tablas, gráficas e ilustraciones se entregarán sólo en archivo digital, uno por cada una, y deberán nombrarse de la siguiente manera: apellido del autor en altas, guión bajo, seguido del texto *tabla 1*, *gráfica 1*, *figura 1*, en altas y bajas, según sea el caso. Salvo

en ocasiones especiales donde la naturaleza de la gráfica obligue a emplear el original, éste se entregará junto al material impreso con las medidas de protección adecuadas para preservar la integridad del original, y, en caso de llevar pie, éste se entregará en formato digital siguiendo las indicaciones ya establecidas.

13. FUENTES

A. BIBLIOGRAFÍA

Las fichas bibliográficas que conforman el aparato crítico de la obra deben componerse en párrafo francés con sangría de 5 mm y contendrán los siguientes elementos en el mismo orden y separados por una coma:

Autor. Se escribirá empezando por apellidos usando versales y versalitas seguidos de una coma y el nombre de pila en altas y bajas. No se emplearan subrayados ni negritas. Cuando se trate de dos autores, el segundo se escribirá en el orden natural, es decir, nombre y apellidos, en altas y bajas, y se separará del primero con la conjunción *y* en redondas. Si se trata de una obra con tres o más autores, se pondrá sólo el nombre del primero seguido de la locución latina *et al.*

Si el libro carece de autor, la referencia bibliográfica entrará con el título siguiendo las características descritas para su caso. Pero si la obra es un trabajo realizado por un compilador o editor se colocará entre paréntesis la abreviación correspondiente: (comp.) o (ed.).

Título. Se escribirá con alta inicial y en cursivas sin importar el idioma en el que se encuentre. No se emplearán subrayados ni negritas.

Si se trata de un artículo incluido en una obra colectiva, se pondrá el nombre del apartado con alta inicial en redondas y entre comillas (“ ”), seguirá una coma y la palabra *en* en redondas, el nombre del compilador o editor en su orden natural seguido de

las abreviaturas *comp.* o *ed.*, según sea el caso, entre paréntesis; y el nombre del libro siguiendo las indicaciones ya descritas.

Pie de imprenta. Al pie de imprenta lo componen el nombre de la ciudad de publicación, casa editora y el año de publicación. Un error común que se debe evitar es poner el nombre del país en lugar de la ciudad; tampoco es necesario agregar la palabra editorial antes del nombre propio de la editorial, por ejemplo, debe decir: Porrúa; y no: Editorial Porrúa.

Tesis. Cuando la fuente citada es una tesis se seguirán las indicaciones descritas, pero el pie de imprenta no llevará la información de la casa editora, ni se debe poner el nombre de la universidad o institución como casa editora. Además se agregará la siguiente información, siempre separada por comas, después del año de publicación: palabra Tesis en altas y bajas y redondas, el nombre o siglas de la universidad y, en caso de existir, el nombre de la facultad o dependencia universitaria que expide el grado.

En ningún caso es necesario informar si la tesis fue sustentada en examen profesional de licenciatura, maestría o doctorado, tampoco se proporcionará el nombre de la licenciatura o posgrado.

Texto inédito. En caso de citar un texto inédito, como pueden ser apuntes de clase, los elementos que conformarán la ficha serán: nombre del autor o autores, según lo indicad; título del material con alta inicial, en redondas y entre comillas (“ ”); y terminará con la indicación *texto inédito*.

B. HEMEROGRAFÍA

Se entiende por material hemerográfico todas aquellas fuentes de publicación periódica, pueden ser: diarios, revistas, gacetas, entre otros. En general los componentes de una ficha hemerográfica son los mismos que se emplean en una ficha bibliográfica, aunque suma algunos elementos. A menos que se indique lo contrario, se seguirán las instrucciones dadas para la bibliografía.

Artículo de periódico. La ficha comenzará con el nombre del autor o autores, el nombre del artículo, la palabra *en* y el nombre del periódico, posteriormente, se colocará el país de publicación seguido de la ciudad, la fecha de publicación en el formato día, mes y año.

Si se trata de un suplemento, en vez del nombre del diario se pondrá el del suplemento en redondas usando altas y bajas, y entrecomillado (“ ”), posteriormente se agregará la abreviación *núm.* y el respectivo número del suplemento en arábigos. Una vez agregada esta información, la ficha continuará con el nombre del periódico y los demás datos como ya se ha indicado.

Artículos de revistas. Para estos casos sólo se agregaran los siguientes datos: después del título del artículo, se colocará el nombre de la revista en cursivas y precedido por la palabra *en*; también llevará el país y la ciudad de publicación, al que le seguirá el año de publicación consecutiva en romanos, el número, periodo de publicación (regularmente en meses), año e intervalo de las páginas consultadas.

IV. FECHA DE RECEPCIÓN DE ORIGINALES

La *Revista* recibe propuestas para su publicación en todo momento, deberán enviar los originales al correo electrónico: <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. El original deberá adjuntarse acompañado por el permiso correspondiente para su publicación (ubicado al final de este apartado).

V. LISTA DE VERIFICACIÓN

La siguiente lista tiene el propósito de ayudar al autor a preparar su original para su publicación en esta *Revista*, pero no sustituye las consideraciones anteriormente descritas.

- El original se recibirá en el entendido de que todos los autores están de acuerdo con su publicación (se anexa permiso firmado para su publicación).
- No se devuelven los originales recibidos para su publicación.
- El original se enviará en formato Word o RTF.
- Fuente: Times New Roman; tamaño: 12 puntos; interlínea: 1.5.
- Márgenes superior e inferior: 2.5 cm; izquierdo y derecho: 3 cm.
- Extensión: de veinte a treinta cuartillas. En el caso de reseñas y comentarios de cinco a diez cuartillas.
- Las palabras no irán separadas en sílabas al final del renglón; el idioma del procesador de textos empleado deberá estar predeterminado en español.
- No se dejará espacio entre párrafos.
- Las páginas deberán foliarse consecutivamente, iniciando con la página del título.
- El título deberá ser breve y descriptivo.
- Se incluirán el nombre de todos los autores, sinopsis curricular y sólo un correo para correspondencia.
- Se incluirán el resumen y las palabras clave, con sus respectivas traducciones al inglés.
- El uso de cursivas se limitará a títulos de obras (no secciones de éstas) y términos escritos en una lengua diferente al español.
- No se empleará el uso de negritas ni subrayados.
- El aparato crítico se describirá en nota a pie de página y se empleará la nomenclatura latina.
- En el apartado “Fuentes”, se listarán las obras consultadas alfabéticamente. Todas las referencias citadas en el texto deberán aparecer en esta sección y viceversa.



La Universidad Nacional Autónoma de México, a través del Programa de Posgrado en Derecho

CONVOCA

Con el propósito de rescatar, valorar, difundir y promover la creación artística, a la comunidad de artistas gráficos, visuales y plásticos, así como al público en general interesado en estas expresiones artísticas, a presentar obra gráfica, en cualquier técnica, que trate algún aspecto relacionado con la UNAM o con el derecho para ilustrar la portada de la *Revista del Posgrado en derecho de la UNAM*.

PRESENTACIÓN DE LAS PROPUESTAS

El artista deberá enviar sus propuestas en formato digital TIFF, PSD (CC2014 o posterior) o PDF con una resolución de 300 píxeles/pulgada al correo <revista@derecho.posgrado.unam.mx>. Adjuntará, también, el permiso firmado para su publicación, ubicado al final de este apartado, así como un archivo en formato DOCX (word) con los siguientes datos: nombre o seudónimo –si es el caso–, técnica, medidas reales y breve semblanza curricular (máximo 100 palabras).

SELECCIÓN DE PROPUESTAS

Las obras elegidas se utilizarán como portada de la *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, y se difundirá a través de ella el trabajo del artista. El autor no cederá sus derechos patrimoniales ni morales, por lo que podrá utilizar su obra como a él mejor convenga.

“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”
Programa de Posgrado en Derecho - UNAM
El coordinador
Carlos Humberto Reyes Díaz

(Lugar), a __ de _____ de 201_.

INSTITUTO NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR

P R E S E N T E

Quien suscribe, _____, autoriza a la Universidad Nacional Autónoma de México la publicación y divulgación (del artículo) (de la obra gráfica) intitulado(a) “_____”, en la Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM, en formato impreso y digital.

Asimismo, manifiesto bajo protesta de decir verdad que soy el autor y titular de los derechos (del artículo) (de la obra gráfica) antes mencionado(a), por lo que libero a la Universidad Nacional Autónoma de México de toda responsabilidad presente o futura que pudiera surgir respecto de la obra objeto de la presente autorización y que pudiera afectar intereses de terceros.

A T E N T A M E N T E

(NOMBRE Y FIRMA)



La *Revista de Posgrado en Derecho de la UNAM*, editada por la Coordinación del Posgrado en Derecho de la UNAM, se terminó de imprimir el mes de junio de 2018 en los talleres de Creativa Impresores S.A. de C.V., calle 12, número 101, local 1, colonia José López Portillo, Iztapalapa, 09220, México, Distrito Federal, teléfonos 5703-2241 y 5592-2240. En su composición tipográfica se emplearon tipos Baskerville y **COOPERPLATE**. Tipo de impresión *offset*, las medidas 17 x 23 cm. Los interiores se imprimieron en papel Cultural de 90 gramos y los forros en Couché de 300 gramos. La edición estuvo al cuidado de Abril Uscanga Barradas y Claudio Vázquez Pacheco y consta de 300 ejemplares.

EN ESTE NÚMERO

LA REGULACIÓN DE LA MATERNIDAD SUBROGADA EN LOS ESTADOS DE TABASCO Y SINALOA.
COMPARATIVA CON LA PROHIBICIÓN DE MATERNIDAD POR SUSTITUCIÓN
DEL DERECHO ESPAÑOL

Lorenzo Álvarez de Toledo Quintana

LA REVISIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PRIVACIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

Luis Ángel Ballesteros Moffa

EL FORTALECIMIENTO DEL INSTITUTO FEDERAL DE TELECOMUNICACIONES
COMO SEÑAL DEL NUEVO EQUILIBRIO DEL PODER EN EL ESTADO MEXICANO

Marco Antonio Zeind Chávez

DE LA INEXISTENTE DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS

Adriana María Restrepo Ospina

LA SUBSUNCIÓN DE ALEXY Y LA PREGUNTA POR LA RACIONALIDAD DE LA PONDERACIÓN

Ricardo Garzón Cárdenas

LA FENOMENOLOGÍA Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA: ¿UNA CONEXIÓN POSIBLE?

Tiago Gagliano Pinto Alberto

UN PROBLEMA EN LAS TESIS FUNDAMENTALES DEL DERECHO QUE SUPONE
EL POSITIVISMO JURÍDICO ESTILO HART

Bernardo Andrés Gallegos Mendoza

MITO, ESTADO Y DERECHO

Alberto J. Montero

EL DERECHO DE LIBERTAD EN EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ

Jesús Aquilino Fernández Suárez

