

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL 2006

PONENCIAS EN
SANTIAGO I

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 24 / 2006



SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFIA
JURIDICA Y SOCIAL

Editor:

Agustín Squella

Asistentes del Editor:

Aldo Valle, Joaquín García-Huidobro y Claudio Oliva

Comité Consultivo:

Albert Calsamiglia (†) (Barcelona), Elías Díaz (Madrid),
Enrico Pattaro (Bologna), Miguel Reale (†) (Sao Paulo),
y Rolando Tamayo (Ciudad de México).

Consejo Editorial:

Antonio Bascuñán, Enrique Barros, José Joaquín
Brunner, Humberto Giannini, Alfonso Gómez-Lobo,
Jorge Iván Hübner y Máximo Pacheco.

ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL
2006

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL N° 24
2006

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, y del Mar.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©

Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I.S.S.N. — 0716 — 7881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL
Errázuriz 2120 - Valparaíso
E-mail: edeval@uv.cl

ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2006

PONENCIAS EN
SANTIAGO I

SOCIEDAD CHILENA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO
(2005 - 2007)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés, Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín García-Huidobro Correa, Fernando Quintana Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci, y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325, Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

En 2004, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, tuvo lugar la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía Jurídica y Social, en la que participaron ponentes de ambos países. Dos años más tarde, en 2006, con el auspicio de la Vicerrectoría Académica de la Universidad Diego Portales y de la Facultad de Derecho de esa misma universidad, tuvo lugar la Segunda Jornada Chileno Argentina de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Este número 24 del *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2006, reproduce la ponencia inaugural de la Jornada de 2006, a cargo de Ernesto Garzón Valdés, y las 12 ponencias hechas en sesiones plenarias. Incluye también las palabras que Miguel Orellana Benado, Pablo Ruiz-Tagle y Agustín Squella dijeron en la ceremonia de clausura de la Jornada, momento en que la Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social materializó el reconocimiento como Socios Honorarios a Roberto Torretti, Carla Cordua y Ricardo Guibourg.

De las ponencias presentadas en las sesiones plenarias no se incluye aquí la de Fernando Atria, la cual, con una mayor extensión y en forma de libro, fue publicada en 2007 ("Mercado y ciudadanía en la educación", Flandes Indiano, Santiago).

Al final de este número 24 se incluyen las nuevas normas editoriales de nuestra publicación, las cuales regirán a partir del número 26, correspondiente a 2008.

En cuanto al número 25, correspondiente a 2007 y que aparecerá a comienzos de 2008, incluirá las 27 ponencias hechas en sesiones de comisiones de la mencionada Segunda Jornada Chileno Argentina de

"Un crimen tal lesiona en verdad a todos los Estados del mundo y a cada uno de sus ciudadanos. Pues afecta la norma inicial de todo derecho, la prohibición del uso de la fuerza. Esta no es una norma cualquiera del derecho internacional sino que es su fuente, la condición de su posibilidad como derecho. El razonamiento de algunos internacionalistas acerca de la actual 'emergencia' de una nueva norma que permite la guerra preventiva, es decir, la guerra de agresión, es una ceguera teórico-jurídica"³¹.

Según Robbins, cierta clase de juicios de valor, especialmente los de naturaleza ética, debían ser desterrados del campo de la economía. Las comparaciones interpersonales de utilidad, que habían sido consideradas como fundamentales por los teóricos de la economía de bienestar de orientación utilitarista, fueron calificadas por Robbins como "normativas" o "éticas" y, por lo tanto, como "no científicas".

Asumía así una actitud que se apartaba claramente de una tradición filosófica cuyos orígenes se remontan a la filosofía griega, concretamente a Aristóteles, y que, durante el siglo XIX, había tenido representantes tan ilustres como Jeremy Bentham, John Stuart Mill y Henry Sidgwick.

Por cierto, ambas son ciencias normativas en el sentido de que se ocupan de normas; pero, el sistema normativo de la moral es estático mientras que el del derecho es dinámico, es decir, requiere para la creación de sus normas actos volitivos dirigidos a la persecución de fines o a la realización de valores que escapan a todo intento de justificación universalmente válida.

Una visión diferenciada de los procesos de decisión que imponen los conocimientos neurobiológicos [...] sustituiría la conflictiva imputación de 'libertad' graduada y responsabilidad a través de procesos conscientes e inconscientes y abriría un ámbito desprejuiciado para el juicio y evaluación de comportamientos 'normales' y 'desviados'.

31. Reinhard Merkel, "Was Amerika aufs Spiel setzt" en *Die Zeit*, del 13 de marzo de 2003, pág. 41.

PONENCIAS EN PLENARIAS

opresión), puesto que reducirá (no eliminará) el riesgo de que cada uno vea juzgada su conducta por pautas que no está en condiciones de imaginar. No quiere decir esto que los criterios hayan de cristalizarse: tal como sucede con la ley, con la jurisprudencia, con la costumbre y con la doctrina, ellos estarán sujetos a cambios por la misma vía que haya servido para trazarlos. Pero al menos han de restringirse los perjuicios innecesarios y evitables, aquéllos semejantes a los que los profesionales de la guerra denominan *daños colaterales*. Ya que los jueces han de gobernar, al menos hasta cierto punto, vale la pena que les exijamos comunicar sus criterios judiciales como es tradicional hacerlo frente a los candidatos políticos con sus criterios legislativos.

Respecto de este procedimiento, estoy en condiciones de afirmar dos cosas. Una, que es difícil. Otra, que es posible llevarlo a cabo. Ese es el resultado de una investigación en la que participé recientemente en la Universidad de Buenos Aires. Un grupo de jueces se reunió para analizar los criterios que usaban al aplicar una disposición legal de uso cotidiano. La investigación tardó tres años, durante los cuales los jueces advirtieron la insuficiencia de sus propios criterios, ensayaron y desecharon diversas formulaciones, aprendieron a considerar ciertos temas que no solían plantearse explícitamente en las controversias y finalmente se pusieron de acuerdo, si bien éste no era uno de los objetivos del estudio²⁷. Si se pudo hacer una vez respecto de una norma, es probable que pueda hacerse muchas veces en relación, al menos, con las controversias-tipo que por su número o por su trascendencia social requieran una respuesta más inteligible.

Esta es sólo una sugerencia. Tal vez puedan formularse otras más inteligentes o más eficaces. Lo que importa es resaltar que la humanidad, espantada por la injusticia, parece haber resuelto exigir a los jueces la restitución del derecho de cada uno. Y que, si no acordamos de alguna manera qué significado hemos de atribuir a esta expresión, nos arriesgamos a perder todas las ventajas de la ley sin alcanzar por eso las glorias de la justicia.

27. Ver Cerdio Herrán, Jorge, Guibourg, Ricardo A. (director), Mazza, Miguel Ángel, Rodríguez Fernández, Liliana, Silva, Sara N., Solvés, María C. y Zoppi, María T., *Análisis de criterios de decisión judicial – el artículo 30 de la LCT*, Buenos Aires, Grupo de Análisis de Criterios, 2004.

SOBRE EL OBJETIVISMO EN LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA. COLEMAN, LEITER Y LA OBJETIVIDAD JURÍDICA *MODESTA*

CARLOS I. MASSINI CORREAS *

1. *Introducción*

La interpretación (*i.*) jurídica plantea, en sede filosófica, una gran cantidad de problemas de difícil y controvertida solución¹, pero pareciera que el más complejo, intrincado y con mayores consecuencias para la vida práctica del derecho, es el que radica en establecer y precisar el carácter de la objetividad —o no objetividad— de ese tipo de *i.* Dicho de otro modo, se trata de dar una solución racionalmente satisfactoria a la cuestión de saber si las proposiciones interpretativas, es decir, las que establecen el significado normativo de un texto jurídico, tienen un referente objetivo, o bien se reducen a meras expresiones de la subjetividad del intérprete y, en la primera alternativa, cuál es el carácter o índole del objeto al que remiten las mencionadas proposiciones interpretativas. En el pensamiento jurídico contemporáneo estas cuestiones han sido objeto de un intenso debate, en el que han tomado

* carlos.massini@um.edu.ar

1. *Vide.* Guastini, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. M. Gascón y M. Carbonell, México, Porrúa, 2003, pp. 57-70.

parte, desde distintas perspectivas, pensadores de matriz positivista, tanto "incluyentes" como "excluyentes"², así como varios filósofos iusnaturalistas, tanto "derivacionistas" como "inclinacionistas"³.

En lo que sigue, se ensayará una contribución a ese renovado debate, clarificando en primer lugar los términos precisos de la controversia, para pasar luego al análisis y valoración de los diferentes intentos de respuesta a las cuestiones planteadas y finalizar con una propuesta que contribuya a superar las principales aporías que se presentan al pensamiento jurídico en los tiempos actuales. Pero antes de establecer y concretar los términos del problema a abordar, conviene efectuar ante todo algunas aclaraciones semánticas acerca del sentido con que se utilizará la palabra *objetividad* en el presente trabajo, ya que es bien sabido que ella se ha utilizado y se utiliza de modo analógico y hasta equívoco, por lo que estas precisiones adquieren una especial pertinencia y una particular relevancia.

2. La cuestión semántica

Es bien sabido que "objetividad" es un nombre abstracto que designa la cualidad formal de todo lo que es "objetivo", término que a su vez deriva, en cuanto adjetivo, del sustantivo "objeto". Este último término procede etimológicamente del término latino *objectum*, participio pasado de *obicere*, que tiene el significado de *arrojado hacia, colocado enfrente, que yace frente*, etc.⁴ y, en este sentido etimológico, se distingue de —pero no se opone a— *subjectum*, cuyo significado originario se vincula

2. Sobre estas categorizaciones, *vide* Marmor, A., "Exclusive Legal Positivism", en AA.VV., *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, ed. J. Coleman & Shapiro, S., Oxford, Oxford U.P., 2002, pp. 104 ss.; Einar Himma, K., "Inclusive Legal Positivism", *Idem*, pp. 125 ss. y AA.VV., *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, ed. J. Coleman, Oxford, Oxford U.P., 2001.

3. En este punto, *vide* Murphy, M.C., *Natural Law and Practical Rationality*, Cambridge, Cambridge U.P., 2001, pp. 6-17.

4. *Vide* *The Oxford Dictionary of English Etymology*, ed. C.T. Onions, Oxford, Clarendon Press, 1994, p.620. Asimismo, *vide* Millán Puelles, A., *Teoría del Objeto Puro*, Madrid, Rialp, 1990, pp. 105 ss.

con lo que está debajo, lo que subyace o lo que se encuentra en la base de alguna otra cosa. Es también conocido que en el latín medieval, *v.gr.*, en la obra de Duns Scoto, *subjectum* designaba a la realidad en sí y *objectum* a esa misma realidad en cuanto conocida por el intelecto⁵ y que recién a partir del siglo XVIII, particularmente en la obra de Alexander Baumgartner, se comenzó a designar con el término "objetivo" a lo que pertenece o corresponde a una realidad distinta o independiente del sujeto que conoce o apetece y, de modo correlativo, a referir con el término "subjetivo" a todo lo concerniente al titular del acto de conocer o querer un objeto. Este es el significado más usual en nuestros días y el que recoge, entre muchos otros, el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia⁶.

Por lo tanto, y siguiendo aquí el consejo de Tomás de Aquino en el sentido de que las palabras deben usarse con la significación que se les atribuye corrientemente⁷, en lo que sigue se entenderá por "objeto", en un sentido estricto o restringido, a todo "aquello que está delante del sujeto con independencia del mismo"⁸ y por "objetivo" a lo que es propio del objeto en cuanto tal, que está en él, corresponde o se refiere a él, frente a lo que aparece como propio del sujeto. Dicho en otras palabras, lo *objetivo* es lo determinado desde el objeto y fundado en él, en contraposición a lo *subjetivo*, entendido como lo configurado únicamente por los sentimientos o afirmaciones personales del sujeto⁹. En este sentido, *v.gr.*, la afirmación de que "Monet es un pintor impresionista", es *objetiva* pues tiene su justificación en el objeto mismo

5. *Vide* Lalande, A., *Vocabulario técnico y crítico de la filosofía*, trad. L. Alfonso et alii, Buenos Aires, El Ateneo, 1967, p. 699.

6. *Diccionario de la Lengua Española*, de la Real Academia Española, T^o II, Madrid, Espasa Calpe, XXII Ed., 1994, p. 1459.

7. Tomás de Aquino, *Summa Contra Gentiles*, I, 1. Allí escribe el Aquinate: "El uso corriente que, según cree el Filósofo, ha de seguirse al denominar las cosas...".

8. *Vide* De Vries, J., Voz "objeto", en AA.VV., *Diccionario de Filosofía*, dir. W. Brugger, trad. J.M. Vélez Cantarell, Barcelona, Herder, 1975, p. 376.

9. *Ibidem*.

de conocimiento, en cambio, la aserción "Monet es un pintor que me gusta" es *subjetiva*, ya que no pretende referirse a la obra de Monet, sino expresar la reacción emocional del sujeto observador frente a sus cuadros. Por su parte, con el término "objetividad" se designará a la cualidad formal de aquello que es objetivo y, en ese sentido, se hablará de que una cierta afirmación tiene *objetividad* en la medida en que se refiera al *objeto*, o bien que tenga por referente semántico al objeto mismo en su calidad de tal objeto, especialmente en cuanto independiente o trascendente al sujeto. Contrariamente, se hablará de la *subjetividad* de ciertas cualidades, en la medida en que ellas inhieran o pertenezcan al sujeto en cuanto sujeto agente de actos de conocimiento, voluntad o afectividad.

En un sentido similar a lo apuntado hasta ahora, Andrei Marmor, en su trabajo "Three Concepts of Objectivity", distingue entre la objetividad *semántica*, la *metafísica* y la *lógica*. En cuanto a la primera, que es la que aquí más interesa, sostiene que se refiere a ciertos tipos de discurso: aquellos que se refieren a un objeto en el mundo, independiente del sujeto; en este plano, "objetivo" se contrapone semánticamente a "subjetivo", que enuncia la referencia a un aspecto del propio yo, mental o emotivo. El filósofo israelí pone como ejemplo de *subjetivismo* en la ética a las doctrinas emotivistas, para las cuales las afirmaciones éticas se refieren sólo a estados afectivos del sujeto; en cambio, aparecen como representantes del *objetivismo* todas aquellas doctrinas éticas que sostienen que las afirmaciones morales no se reducen a la manifestación de meras opiniones o afecciones del sujeto, sino que tienen como referente semántico a un objeto de la realidad trascendente al sujeto¹⁰. Un criterio sólo parcialmente similar sigue John Finnis en su libro *Fundamentals of Ethics*, en el que distingue entre las concepciones subjetivistas de la ética, para las cuales no existe algo así como la verdad o falsedad de las proposiciones práctico-morales, y las concepciones objetivistas, que afirman la posibilidad de conocer con verdad —verdad como adecuación

10. Vide Marmor, A., "Three Concepts of Objectivity", en A.A.V.V., *Law and Interpretation*, ed., A. Marmor, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 177-201. Vide, asimismo: Marmor, A., "Four Questions about the Objectivity of Law", en *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Clarendon Press, 2001, pp. 135 ss.

o correspondencia —el contenido de las proposiciones éticas¹¹. En este punto, cabe destacar que si bien —tal como lo prueba Finnis— la cuestión de la objetividad de las proposiciones prácticas —y, en rigor, de todo tipo de proposiciones— se vincula directamente con el problema de su verdad o falsedad¹², se dejará momentáneamente de lado este aspecto de la cuestión, para centrar la atención más que en la relación misma de adecuación o inadecuación del entendimiento al mundo real, en el carácter o índole del referente de las proposiciones jurídico-interpretativas.

En definitiva, en lo que sigue —y limitando la argumentación a las proposiciones jurídicas— se designará con la palabra *objetividad* a aquella cualidad de las proposiciones según la cual la medida de su corrección o de su validez radique en su referencia a una realidad —de cualquier tipo que esta sea— con existencia independiente del sujeto que conoce o quiere. Dicho de otro modo, una proposición práctica —en especial, práctico-jurídica— será *objetiva* cuando su corrección se conmeasure o se mida por referencia a algo que de algún modo no dependa del pensamiento o del querer del sujeto que la piensa o expresa, *v.gr.*, ciertas exigencias normativas de la naturaleza humana¹³ o determinadas prácticas jurídicas de la comunidad. Por el contrario, una proposición práctica cuya validez o corrección dependa del pensar o del querer del mismo sujeto, *v.gr.*, de las emociones de los jueces o magistrados, no resultará propiamente *objetiva*, sino que será estrictamente *subjetiva*.

Por su parte, Brian Leiter, en su *Introducción* al libro —por él editado— *Objectivity in Law and Morals*, distingue claramente entre dos formas principales de objetividad: (i) la objetividad *epistémica*, que consiste

11. Vide Finnis, J., *Fundamentals of Ethics*, Oxford, and Clarendon Press, 1983, pp. 56-66.

12. Vide en este punto: González Ayesta, C., *Hombre y verdad. Gnoseología y antropología del conocimiento en las Q.D. De Veritate*, Pamplona, EUNSA, 2002.

13. Vide Murphy, M.C., *Natural Law and Practical Rationality*, cit., pp. 40 ss. Vide, asimismo: Beuchot, M., *Filosofía y derechos humanos*, México, Siglo XXI, 1993, pp. 123 ss.

en que el proceso seguido para llegar a ciertos conocimientos se vea libre de factores distorsivos —parcialidad, animadversión— capaces de producir representaciones inadecuadas; y (ii) la objetividad *metafísica*, que depende de que las cosas sean lo que son con independencia de lo que consideren los sujetos. Y al aplicar esta distinción al ámbito del derecho, Leiter sostiene que "podemos hablar del derecho en cuanto objetivo en dos dimensiones posibles: 1. El derecho es *metafísicamente* objetivo en cuanto existen respuestas correctas en el ámbito jurídico. 2. El derecho es *epistémicamente* objetivo en cuanto los mecanismos para descubrir esas respuestas correctas (v.gr., adjudicación, razonamiento jurídico) están libres de factores distorsionantes que puedan oscurecer las respuestas correctas (...). El derecho —continúa— puede ser metafísicamente objetivo, pero no ser epistémicamente objetivo. Por otra parte, la caracterización anterior de la objetividad epistémica presupone para su inteligibilidad que el derecho sea metafísicamente objetivo: no podemos aprehender la noción de 'factor distorsivo' sin referencia a las 'cosas' que estamos tratando de conocer"¹⁴. En lo que sigue, se hará referencia sólo a la denominada por Leiter objetividad *metafísica*, ya que, ante todo, la llamada objetividad epistémica se refiere principalmente a las condiciones de imparcialidad que favorecen, pero no aseguran, un conocimiento metafísicamente objetivo; y en segundo lugar, como bien lo reconoce el mismo Leiter, la objetividad en sentido más propio es la metafísica, pues resulta ser el presupuesto necesario para la inteligibilidad de la llamada objetividad epistémica.

Ahora bien, si se intenta aplicar las nociones analizadas al ámbito de la *i. jurídica*, que es la que principalmente interesa en este contexto; las dos principales cuestiones a dilucidar resultan ser las siguientes: (i) la de saber si las proposiciones jurídico-interpretativas *tienen alguna referencia* semántica más allá del texto mismo que interpretan¹⁵; y (ii) la

14. Leiter, B., "Introduction", en AA.VV., *Objectivity in Law and Morals*, ed. B. Leiter, Cambridge, Cambridge U.P., 2001, p. 3.

15. Esta cuestión ha sido abordada en un trabajo precedente: Massini-Correas, C.I., "La teoria referenziale-realista dell'interpretazione giuridica", en *Arts Interpretandi*, N° 8, Milano, 2003, pp. 449-476.

de conocer, en el caso de que la primera pregunta se responda afirmativamente, *cuál es el término objetivo* de esa referencia; en otras palabras, cuál es la realidad, o las propiedades de esa realidad, que son el objeto de la referencia semántico-jurídica y en qué consiste su objetividad¹⁶.

Respecto de estas cuestiones, que son las que se abordarán en esta oportunidad, es posible distinguir, en el marco del debate contemporáneo, al menos *cuatro* posiciones principales: (i) la que niega la existencia de cualquier tipo de referencia objetiva más allá del texto del enunciado normativo interpretado; según estos autores, en el caso de existir alguna referencia, ella resultará meramente subjetiva; esta es la posición, *v.gr.*, de los autores de impronta emotivista y puede ser calificada en este marco como *subjetivista*¹⁷; (ii) la de quienes reconocen la existencia de una cierta designación en las normas jurídicas interpretadas, pero la sitúan en alguna realidad directamente dependiente de la voluntad, el acuerdo o las prácticas de los sujetos jurídicos; es el caso de quienes proponen, como término objetivo de referencia de las normas, *v.gr.*, a las prácticas, genéricamente consideradas, de los jueces de una comunidad; esta postura puede ser denominada como defendiendo una *objetividad mínima*¹⁸; (iii) la que corresponde a aquellos autores que aceptan la objetividad de la referencia de los enunciados jurídico-normativos y consideran a la objetividad *mínima* como insuficiente, proponiendo una objetividad que, si bien trasciende la llamada mínima, no va más allá de un cierta construcción discursiva o pragmática; esta concepción es denominada por los ya citados Coleman y Leiter como *objetividad modesta*; y finalmente, (iv) la que defiende no sólo el carácter referencial y objetivo de las enunciaciones normativas,

16. *Vide*, sobre la problemática de la objetividad jurídica: Greenawalt, K., *Law and Objectivity*, Oxford, Oxford U.P., 1992, *passim*.

17. *Vide*: Bulygin, E., "¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?", en AA.VV., *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*, ed. R. Vázquez, Barcelona, GEDISA, 1998, pp. 221 y ss.

18. *Vide*: Leiter, B., "Objectivity, Morality and Adjudication", en AA.VV., *Objectivity in Law and Morals*, *cit.*, pp. 66 ss.

sino que además sostiene que el objeto de esa referencia es, de algún modo verificable, una entidad o una propiedad realmente existente; esta posición puede ser denominada como *objetivismo fuerte* u *objetivismo realista*¹⁹.

En lo que sigue, se estudiará con cierto detalle la propuesta de Coleman y Leiter de una objetividad *modesta* para los enunciados interpretativos²⁰, considerada por estos autores como una instancia superadora de las propuestas *mínimas y fuertes*; pero también se efectuarán algunas remisiones a las restantes posiciones, para concluir con una valoración crítica de la doctrina elaborada por Coleman y Leiter en torno a la objetividad interpretativa y con algunas sugerencias acerca de las líneas fundamentales de una propuesta alternativa que supere las aporías planteadas por la objetividad *modesta*.

3. La objetividad de las proposiciones interpretativas

Antes de pasar al análisis de la propuesta de Coleman y Leiter, resulta conveniente plantear, aunque sea someramente, la siguiente cuestión preliminar: ¿es necesario hablar de *objetividad* en el caso de las proposiciones interpretativas prácticas?; en otras palabras, ¿tiene sentido o es razonable o necesario calificarlas como *objetivas*, descalificándolas cuando resultan meramente *subjetivas*?; o bien, ¿no basta, para la validez de una *i* jurídica, con la referencia de las proposiciones interpretativas a las convicciones o emociones del sujeto interpretante? Finalmente: ¿por qué es necesario recurrir a la noción de *objetividad* en las interpretaciones, si bastaría con sostener que cada uno interpreta meramente según sus gustos, elecciones o convicciones, *i. e.*, de modo meramente *subjetivo*?

19. Vide, Moore, M., "Moral Reality Revisited", en *Michigan Law Review*, N° 90-8, 1992, pp. 2424-2533 y Moore, M., "Legal Reality: a Naturalist Approach to Legal Ontology", en *Law and Philosophy*, N° 21, Champaign-Illinois, 2002, pp. 619-705. Para una crítica de las ideas de M. Moore y D. Brink. vide: Patterson, D., *Law & Truth*, Oxford, Oxford U.P., 1996, pp. 43 ss.

20. Vide: Coleman, J. y Leiter, B., "Determinacy, Objectivity and Authority" (en adelante DOA), en *Law and Interpretation*, cit., pp. 252 ss.

La primera respuesta que debe darse a estas preguntas es que el mero subjetivismo resulta completamente incapaz de explicar consistentemente el inevitable *desacuerdo jurídico*²¹. En efecto, si las proposiciones interpretativas fueran *meramente* subjetivas, carecería de todo sentido racional discutir o debatir acerca de la corrección o incorrección de una determinada *i* jurídica. Ahora bien, es un hecho que las interpretaciones, es decir, las proposiciones que determinan el sentido normativo de un texto jurídico, se califican de hecho y casi sin excepción como buenas o malas, correctas o incorrectas, adecuadas e inadecuadas, todo ello con independencia de la opinión personal de jueces, juristas o simples legos²². En otros términos: es evidente que no todas las interpretaciones aparecen como válidas, que no es lo mismo que el resultado de la actividad interpretativa sea la proposición *Dxa* o bien la proposición *Dxb*²³, es decir, que el valor jurídico de dos interpretaciones contrarias o contradictorias no es ni mucho menos indiferente. Y los debates y discusiones que tienen lugar en el ámbito de la *i* jurídica, y en especial de la judicial, son la expresión de esta inexcusable posibilidad de desacuerdo racional.

Ahora bien, si existe un desacuerdo racional entre las distintas interpretaciones, ello implica que existe, al menos en principio, la posibilidad de superarlo, lo que a su vez supone la existencia de un criterio conforme al cual establecer cuándo una afirmación supera la controversia, criterio que no puede reducirse a las opiniones subjetivas de cada uno de los contendientes, ya que ello implicaría la imposibilidad misma de la superación del desacuerdo. Es inexcusable remitirse, por lo tanto, a un criterio trascendente a las subjetividades de los querellantes, *i. e.*, *objetivo*, para alcanzar la resolución de las controversias entre las diferentes y divergentes interpretaciones jurídicas.

21. Vide: Rosati, C.S., "Some Puzzles About the Objectivity of Law", en *Law and Philosophy*, N° 23/3, Champaign-Illinois, 2004, pp. 273-323.

22. Vide: Canale, D., *Forme del limite nell'interpretazione giudiziale*, Padova, CEDAM, 2003, pp. 67 ss.

23. Vide: Kalinowski, G., *Introducción a la lógica jurídica*, trad. J.A. Casaubon, Buenos Aires, EUDEBA, 1973, pp. 84 ss.

Por otra parte, y éste es el segundo de los argumentos, si todas las interpretaciones tuvieran el mismo valor jurídico, no sería necesario recurrir ni a juicios, ni a jueces, ni a alambicadas argumentaciones, ni al asesoramiento de abogados, sino que bastaría con efectuar un simple sorteo entre las posibles proposiciones interpretativas de un determinado texto legal, y las diferentes controversias jurídicas se solucionarían de un modo mucho más rápido y sobre todo más económico. Pero es claro que esto significaría, lisa y llanamente, la desaparición de las prácticas jurídicas y su sustitución lisa y llana por el azar o el capricho del brujo de la tribu²⁴.

Pero además, y en tercer lugar, resulta patente que los castigos, penas, resarcimientos, privaciones de la propiedad y de la libertad y todo el resto de las sanciones jurídicas no pueden justificarse *meramente* en la opinión personal, el sentimiento íntimo o las emociones particulares de jueces, legisladores o administradores. Existe una evidente desproporción deóntica entre la imposición de la pena de privación de la libertad de por vida y el mero sentimiento ocasional y en definitiva, caprichoso, que puede experimentar un magistrado. Es claro en este punto, que sólo la remisión a un referente objetivo puede proporcionar una razón capaz de justificar suficientemente la imposición de un castigo como consecuencia de una *í* jurídica²⁵.

Finalmente, es indudable que los autores subjetivistas, en particular los emotivistas de distinta clase²⁶, cometen una reducción indebida cuando identifican una serie de proposiciones jurídicas *objetivas* del tipo "X es lo debido", con un conjunto diferente de proposiciones *subjetivas* del tipo "X me agrada". En efecto, las proposiciones interpretativas, *v.gr.*, "el derecho prescribe que Juan devuelva el automóvil x a Pedro", revisten claramente una intencionalidad objetiva, pretenden

24. *Vide* Marmor, A., "Three Concepts of Objectivity", en AA.VV., *Law and Interpretation*, cit., pp. 198 ss.

25. *Vide* Massini Correas, C.I., *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México, UNAM, 2004, pp. 44-48.

26. *Vide*, entre muchos otros: Stevenson, Ch., "El significado emotivo de los términos éticos", en AA.VV., *El Positivismo Lógico*, ed. A.J. Ayer, trad. L. Aldama *et alii*, México, FCE, 1986, pp. 269-286.

expresar lo que el mismo derecho establece; por lo tanto, no pueden ser identificadas, tal como lo hacen los emotivistas, con proposiciones subjetivas tales como "me agrada que Juan devuelva a Pedro el automóvil x". La primera es evidentemente una proposición *acerca del derecho*, y por lo tanto objetiva, mientras que la segunda es una proposición *acerca de mí mismo*, y por lo tanto subjetiva²⁷. De este modo, cualquier identificación de dos proposiciones de diferente género resulta lógicamente inaceptable y, por lo tanto, racionalmente ilegítima, ya que no es posible reducir las proposiciones interpretativas jurídicas, constitutivamente *objetivas*, a proposiciones referidas sólo a las emociones experimentadas por el sujeto que las formula y, por lo tanto, intrínsecamente *subjetivas*.

4. Coleman, Leiter y la objetividad interpretativa "modesta"

Por todo lo desarrollado precedentemente, resulta claro que es necesario, en el ámbito del derecho, recurrir a alguna instancia *objetiva*, es decir, colocada más allá de la mera subjetividad, para establecer la corrección o adecuación de las diversas interpretaciones posibles de un texto jurídico. Pero una vez establecida esa conclusión, resulta imprescindible responder ahora a otro grupo de cuestiones, en especial a las siguientes: ¿esta objetividad inexcusable puede ser meramente *débil*, es decir, sólo relativa y limitadamente trascendente a la opinión *subjetiva* del autor de la *í*?; en otras palabras: ¿es suficiente la mera superación de la intimidad del sujeto para alcanzar una fundamentación adecuada o proporcionada de las diferentes interpretaciones en el ámbito del derecho?

Los autores ya citados, Jules Coleman y Brian Leiter, reconocen que no sólo una referencia puramente *subjetiva*, sino que tampoco una objetividad meramente *débil* resulta una instancia de apelación suficiente como para fundar una determinada solución jurídico-interpretativa. "Si se supone que nuestras teorías han de iluminar nuestras prácticas —escriben— es importante hacer notar que la mayoría de nuestro discurso emplea predicados que invitan a interpretaciones objetivistas (...). En el discurso moral —en nuestras discusiones o debates en asuntos

27. *Vide* Fagothey, A., *Ética*, México, MacGraw-Hill, 1993.

morales— no justificamos los juicios acerca de la moralidad de los actos alegando el hecho de que 'la mayoría de la gente de por aquí cree que las cosas son así'. Aún la superficie de nuestro discurso moral parece aspirar a formas más elevadas de objetividad"²⁸.

Y más adelante, refiriéndose a la que denominan "objetividad mínima", *i.e.*, la que se reduce a la remisión a datos tales como la opinión de la mayoría de los jueces, Coleman y Leiter sostienen que ella puede ser objeto de varias objeciones relevantes, una de las cuales se refiere a que "si las prácticas convencionales son las que fijan el sentido de una palabra, entonces los participantes en dicha práctica no pueden nunca equivocarse al usar esa palabra tal como lo hacen"²⁹. Y como es un hecho que los jueces —y no sólo ellos— se equivocan, o al menos la enorme mayoría de las personas así lo considera, se está frente a una explicación errónea o insuficiente de la objetividad propia de las interpretaciones jurídicas. Por otra parte —sostienen estos autores— si las reglas jurídicas obligatorias fueran establecidas sólo por la opinión común de los operadores jurídicos, en el caso —muy frecuente, por otra parte— de que existiera algún desacuerdo acerca del contenido de esas reglas, se debería aceptar la conclusión de que esas reglas no existen lisa y llanamente. "Esto significa —escriben respecto a esa posibilidad— que en la medida en que existe un desacuerdo acerca de lo que una regla exige, no existe tampoco acción que sea requerida por ella; y esto es porque lo que la regla requiere resulta fijado sólo por la conducta convergente (...). En ausencia de esa convergencia, no existe deber alguno"³⁰.

Pero esta refutación, justificada y razonable, de las pretensiones de una objetividad mínima, no lleva a estos autores a la aceptación de una objetividad *fuerte* para las interpretaciones jurídicas; más aún, rechazan expresamente esa posibilidad, refiriéndose concretamente a la versión propuesta por Michael S. Moore y David O. Brink³¹. En este

28. *DOA*, p. 254.

29. *DOA*, p. 262.

30. *DOA*, p. 263.

31. *Vide.* Brink, D.O., "Legal Interpretation, Objectivity and Morality", en AA.VV., *Objectivity in Law and Morals*, cit., pp. 12-65.

punto, Coleman y Leiter caracterizan a las pretensiones de una objetividad *fuerte* para la interpretación jurídica, a las que incluyen en lo que denominan "realismo metafísico"³², como sosteniendo la conjunción de dos premisas: "la primera que afirma la independencia de los hechos de nuestro acceso epistémico a ellos (su independencia de la evidencia y la creencia humana); la segunda, que afirma la posibilidad de asegurar o garantizar el conocimiento de esos hechos"³³. Pero para estos autores, esta posición plantearía una dificultad aparentemente insalvable: "Si la existencia y naturaleza de los hechos jurídicos son independientes de todo lo que los juristas y jueces creen (...) ¿cómo entonces harán los jueces para tener acceso a ellas?"³⁴.

Para Coleman y Leiter el realismo metafísico no puede responder a esta pregunta, ya que ninguna de las dos explicaciones que los realistas han propuesto para salvar la aporía resultan satisfactorias: (i) no lo es la propuesta por Michael S. Moore, ya que es meramente *coherentista* (una interpretación está justificada si resulta coherente con las restantes creencias que se tienen sobre el punto en cuestión), y esto significa abandonar en los hechos el realismo metafísico³⁵; (ii) no lo es tampoco la respuesta de los realistas "externalistas" como Alvin Goldman, según la cual el conocimiento de algo resulta justificado cuando es *causado* por la realidad que se conoce, sin que sea necesario que el agente se dé cuenta de ello, ya que en el caso del conocimiento *jurídico* las interpretaciones se justifican en el interior de un proceso adjudicatorio, que es una actividad enteramente auto-consciente y, por lo tanto, no hay lugar allí para un conocimiento causado externamente³⁶.

32. *Vide.* sobre el concepto de *realismo metafísico*: Millán Puellas, A., *Ética y Realismo*, Madrid, Rialp, 1995.

33. *DOA*, p. 256.

34. *DOA*, p. 257.

35. *Vide.* Moore, M., "A Natural Law Theory of Interpretation", en *Southern California Law Review*, N° 58, San Diego, 1985, pp. 279 ss.

36. *DOA*, p. 259.

Es entonces, frente a esta doble deficiencia, tanto de las doctrinas minimalistas como de las realistas, que los autores estudiados proponen su versión de una objetividad *modesta*, capaz de superar las aporías planteadas por ambas doctrinas rivales³⁷. Esta objetividad consiste en que, para resultar justificada, una *z* jurídica, debe aparecer como correcta "bajo condiciones epistémicas ideales", es decir, cuando se ha arribado a ella siguiendo un procedimiento cognoscitivo aceptado generalmente en nuestras prácticas como el más adecuado. "La objetividad modesta —escriben Coleman y Leiter— es una concepción normativa de la objetividad, en el sentido de que provee un criterio para determinar si una adjudicación es legítima o justificable"³⁸. Esta es la concepción —sostienen estos autores— defendida por Dworkin en *Law's Empire* y la seguida de hecho por la gran mayoría de la teoría jurídica contemporánea.

5. *Las condiciones epistémicas ideales*

Ahora bien, al defender a la objetividad *modesta*, los iusfilósofos norteamericanos no pretenden —en primer lugar— exponer una teoría general de la objetividad, ya que para ellos, "es posible pensar en una objetividad fuerte aplicable a los objetos físicos de tamaño mediano, como mesas y sillas, mientras se considera a la objetividad modesta como apropiada a nuestros conceptos en el dominio moral, social o jurídico"³⁹. Pero de todos modos, reconocen que "todas las concepciones de la objetividad —fuerte, modesta o mínima— suponen cortar la dependencia de cierta entidad o propiedad respecto de los elementos de nuestra 'subjetividad', como creencias, prejuicios, ideologías y características personales"⁴⁰.

37. Un intento similar, pero menos desarrollado en sus fundamentos, es el realizado por J.J. Moreso, quien denomina a su propuesta de teoría interpretativa "la vigilia"; *vide, La indeterminación del derecho y la Interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

38. DOA, p. 272.

39. DOA, p. 265.

40. DOA, p. 266.

Y en cuanto al concepto mismo de objetividad *modesta*, los autores comienzan por rechazar a la que denominan "tesis relacional", según la cual existe una relación constitutiva entre la objetividad de la moral y la objetividad del derecho, es decir, que la objetividad en el ámbito moral es necesaria para la objetividad en el campo jurídico. "Nosotros —escriben— somos ambos positivistas, lo que significa que repudiamos la interpretación fuerte de la tesis relacional, es decir, el punto de vista de que la verdad de las afirmaciones jurídicas está invariable o generalmente relacionada con la verdad de ciertas afirmaciones morales. La objetividad del derecho es, desde nuestro punto de vista, independiente de la objetividad de la moral, en parte porque las condiciones de verdad de las proposiciones jurídicas no suponen la verdad de las proposiciones morales"⁴¹.

Una vez rechazada esta tesis, los autores proponen su particular versión de la objetividad, al decir que "la objetividad de un concepto (por ejemplo, color, moralidad o derecho) presupone una práctica coherente respecto al uso de ese concepto. Sólo esas prácticas pueden admitir condiciones ideales de observación o juicio"⁴². Pero su preocupación central en este punto es diferenciar a esta posición objetivista *modesta* de cualquier convencionalismo: "Existe una diferencia, no obstante, entre decir que la naturaleza de X es determinada por lo que la comunidad cree acerca de X (convencionalismo u objetividad mínima) y decir que la naturaleza de X es determinada por aquello que la gente *bajo condiciones apropiadas o ideales* creería sobre X"⁴³. Y para precisar aún más la noción, Coleman y Leiter enfatizan dos puntos más; el primero, que "en casos como estos, no tenemos otro modo de proceder que no sea el tratar de explicitar (*unpack*) los conceptos que figuran en nuestras prácticas. El hecho de que estos conceptos figuren en nuestras prácticas no convierte a la tarea de explicitarlos en una versión del convencionalismo. Las prácticas pueden ser convencionales,

41. DOA, p. 269.

42. DOA, p. 270. Vide: Putnam, H., *The Many Faces of Realism*, La Salle-Illinois, Open Court, 1987.

43. DOA, p. 270.

pero esas prácticas convencionales pueden estar vinculadas (*committed*) a conceptos trascendentes a las mismas prácticas o no convencionales"⁴⁴. El segundo es que las condiciones epistémicas ideales propias de la objetividad *modesta*, no son establecidas o fijadas por convenciones, sino que antes bien son descubiertas, son parte del concepto mismo de la realidad observada⁴⁵.

Ahora bien, si se aplica esta concepción de la objetividad a los fenómenos jurídicos, se llega a la conclusión de que "los hechos jurídicos son modestamente objetivos cuando lo que sea un hecho jurídico es aquello que los jueces, bajo las condiciones epistémicas ideales, considerarían que es. (...) Sugiriendo que este concepto de objetividad está implícito en nuestras prácticas jurídicas, estamos sosteniendo que, entre otras cosas, él puede proveer la mejor explicación para varios caracteres de esa práctica"⁴⁶. Y llegado el momento de "descubrir" cuáles son concretamente esas condiciones epistémicas ideales, Coleman y Leiter afirman que ellas son en principio fáciles de identificar. "El juez ideal —escriben— debe ser: (1) completamente informado acerca de: a) toda la información factual relevante; y b) todas las fuentes jurídicas autoritativas (...); (2) completamente racional, por ejemplo, observante de las reglas de la lógica; (3) libre de parcialidad personal a favor o en contra de las partes; (4) máximamente empático e imaginativo, cuando el caso requiere, por ejemplo, el sopesar los intereses afectados; y (5) versado en y sensible con el conocimiento informal, cultural y social, que sea necesario para el razonamiento analógico (...). Nuestra afirmación —concluyen— es, entonces, que un juicio jurídico realizado bajo condiciones como estas, fijaría qué es el derecho en ese asunto"⁴⁷.

Pero antes de finalizar este apartado, corresponde hacer referencia a una argumentación un tanto extraña que estos autores incluyen en su exposición de la objetividad jurídica *modesta*: afirman que esta concepción

44. DOA, p. 270.

45. DOA, p. 271.

46. DOA, p. 271.

47. DOA, p. 272.

de la objetividad supera el reclamo de los sostenedores de la objetividad *fuerte*, en el sentido de que existirían hechos jurídicos inaccesibles al conocimiento humano. "Hay que recordar —escriben— que la objetividad *modesta* ha sido presentada como una objeción a la objetividad *fuerte*, en el sentido de que ésta considera a los hechos jurídicos en principio inaccesibles a los jueces, al mismo tiempo que la accesibilidad es considerada como una condición de la autoridad jurídica"⁴⁸. Pero luego, en una nota al pie de página, los autores aclaran que, en realidad, "esto no supone que el punto de vista de que los hechos jurídicos *de iure* inaccesibles son incognoscibles para los humanos, sino más bien que el ser hechos jurídicos no depende de su ser cognoscibles"⁴⁹. Pero es bien claro que no es para nada lo mismo (i) que una realidad sea *inaccesible* al conocimiento humano y (ii) que sea jurídica en sí misma pero *accesible* al conocimiento humano. El rigor, los partidarios relevantes del realismo jurídico sostienen la tesis (ii) pero nunca la tesis (i), ya que una realidad en principio incognoscible no podría pertenecer al ámbito de la ética o del derecho.

Y finalmente, Coleman y Leiter concluyen su exposición de la objetividad jurídica *modesta* con una síntesis especialmente precisa y expresiva de su intento argumentativo: "Tal como está concebido habitualmente —afirman— el debate sobre la objetividad en el derecho es un debate entre convencionalistas y realistas. Hemos tratado de mostrar que existe una concepción alternativa de la objetividad, la objetividad *modesta*, que explica la posibilidad de un error general y provee un sentido a los deberes jurídicos objetivos que va más allá de la conducta convergente, y que logra esto sin comprometerse con el realismo estricto acerca de los hechos jurídicos"⁵⁰.

6. Valoración de la objetividad "modesta"

Una vez expuesta brevemente la propuesta de Coleman y Leiter

48. DOA, p. 273.

49. DOA, p. 273 n.

50. DOA, p. 273.

acerca de la objetividad de la *i.* jurídica⁵¹, corresponde realizar una valoración de sus ideas en este punto, vinculándolas con las precisiones semánticas a las que se ha arribado en la primera parte de este estudio. La primera de las observaciones que corresponde hacer al abordar esta tarea, es la de hacer notar el reduccionismo en que incurren los autores al discutir las propuestas del *realismo metafísico*. En efecto, todas sus consideraciones se reducen a la refutación de las ideas, ya sea de Michel S. Moore, ya sea de los sostenedores del "externalismo", como Alvin Goldman y Peter Railton, pero en sus debates se encuentra ausente la línea principal del realismo metafísico, vale decir la orientación aristotélica que conforma lo que Robert P. George ha llamado la "tradición central de Occidente"⁵², y para la cual el criterio de la objetividad de las interpretaciones no radica ni en la sola coherencia ni en la mera externalidad, sino en la adecuación del juicio práctico, en este caso de un juicio producto de una *i.*, con las exigencias del bien humano en cada situación jurídica concreta⁵³.

Esto significa que, en el marco de la "tradición central", la realidad a la que debe adecuarse la *i.* para resultar *objetiva* no radica en unos "hechos morales" de carácter meramente fáctico⁵⁴, que existen con absoluta *independencia* del conocer humano. Por el contrario, la realidad a la que debe adecuarse un conocimiento práctico para ser objetivo, *i.e.*, verdadero prácticamente, es también una realidad práctica, una relación deóntica entre una conducta determinada y un bien humano, que para revestir carácter práctico o ético-práctico, ha de ser aprehendida y

51. Sobre la filosofía jurídica de J. Coleman, *vide*, de ese autor: *The Practice of Principle. In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford, Oxford U.P., 2001.

52. George, R.P., *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 19 ss.

53. *Vide* Gómez-Lobo, A., *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*, Santiago de Chile, Mediterránea, 2006, pp. 40 ss.

54. Sobre la problemática de los llamados "hechos morales", *vide*: Serna, P., *Positivism conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pamplona, EUNSA, 1990, pp. 238 ss. y Blanco, S., *Positivism metodológico y racionalidad política*, Granada, Comares, 2002, pp. 111 ss.

formulada en cuanto deóntica, es decir, prescrita, prohibida o permitida, por el entendimiento humano en su uso práctico⁵⁵. En este sentido, la realidad a la que ha de adecuarse el juicio práctico no es *completamente* independiente del entendimiento humano, ya que sólo ese entendimiento es capaz de captarla en cuanto debida, prohibida o permitida, es decir, en cuanto ética o jurídicamente exigida. Además, en el caso de que esa realidad fuera absolutamente diversa de, inadecuada a, e inconmensurable con, la inteligencia humana, es evidente que no se estaría frente a una realidad propiamente *ética o jurídica*, ya que la eticidad y la juridicidad exigen constitutivamente su aprehensión por la razón humana.

Es claro, no obstante, que la referencia *objetiva* de las proposiciones éticas o jurídicas, es una relación en cierta medida independiente del entendimiento humano, ya que es captada por el conocimiento práctico intencionalmente, es decir, como teniendo una existencia distinta del acto que las conoce; pero también es claro que esas relaciones adquieren carácter ético sólo al ser aprehendidas en cuanto tales por el hombre en el uso de su conocimiento práctico⁵⁶. Se trata en este caso, por lo tanto, de objetos que en un cierto sentido —el sentido existencial— son independientes del conocimiento, pero que en otro sentido —el deóntico— no son independientes de su aprehensión por el entendimiento en su uso práctico⁵⁷. De aquí se sigue que la confutación intentada por Coleman y Leiter del realismo sólo puede ser esgrimida frente a una de sus versiones, pero nunca frente a la doctrina sustentada por la corriente central del realismo ético y jurídico⁵⁸.

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

56. *Vide* González, A.M., *Moral, razón y naturaleza*, Pamplona, EUNSA, 1998, pp. 142 ss.

57. *Vide* Rohnheimer, M., *Ley natural y razón práctica*, trad. M. Y. Espiña Campos, Pamplona, EUNSA, 2000, pp. 55 ss. En contra de estas afirmaciones, *vide*: Lisska, A., *Aquinas's Theory of Natural Law. An Analytic reconstruction*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 195 ss.

58. *Vide*, Boyle, J., Finnis, J. y Grisez, G., "Practical Principles, Moral Truth and

Pero por otra parte, no sólo resulta insuficiente la crítica dirigida a la objetividad *fuerte* o realista, sino que, además, la objetividad *modesta* propugnada por los autores norteamericanos resulta claramente insuficiente a la hora de justificar objetivamente la autoridad⁵⁹ de las proposiciones jurídicas que son resultado del conocimiento interpretativo. Efectivamente, y en primer lugar, la *modestia* de la objetividad propuesta por Coleman y Leiter ha de trasladarse necesariamente, por una necesidad propia de la lógica, a la fuerza deóntica de las proposiciones jurídicas producto de la *i*. Esto significa que las proposiciones jurídicas más concretas habrán de resultar objetivamente fundadas sólo en un sentido también *modesto*, lo que resulta absolutamente insuficiente en el caso de aquellas proposiciones jurídicas, que plantean, como es el caso de las jurídico-penales, exigencias inexcusables, inexcusables y, en definitiva, *fuertes*⁶⁰.

Pero no sólo resulta insuficiente la objetividad *modesta* para fundar racionalmente la fuerza deóntica de los preceptos jurídicos concretos, sino que esta versión de la objetividad termina reduciéndose en definitiva a una objetividad mínima y, por lo tanto, haciéndose objeto de las numerosas críticas que, justificadamente, se le han endilgado desde diferentes posiciones, entre ellas, la sustentada por los mismos Coleman y Leiter. Esto es así, toda vez que los autores estudiados sostienen que la objetividad *modesta*, "admite la posibilidad de que todos puedan estar equivocados acerca de lo que una norma exige en un caso concreto; lo que parece correcto, aun para todos, acerca de lo que una norma requiere, puede no ser correcto. Sólo lo que aparece como correcto a los individuos colocados en la situación epistémica ideal determina lo que es correcto. Al mismo tiempo, la objetividad modesta provee un sentido

Ultimate Ends", en *The American Journal of Jurisprudence*, N° 32, Notre Dame, 1987, pp. 100 ss. y Massini Correas, C.I., *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Ábaco, 1998.

59. *Ídem*. Coleman, J., "Truth and Objectivity in Law", en *Legal Theory*, N° 95-1, Cambridge, 1995, p. 36.

60. *Ídem*. Massini, Correas, C.I., *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*, México, UNAM, 2004, pp. 120 ss.

en el cual las enunciaciones pueden ser objetivas que no depende de sus condiciones de verdad consideradas como completamente independientes de nuestros recursos epistémicos y de nuestro acceso a ellas. Como teoría metafísica —concluyen— hace a la existencia y carácter de los hechos de diverso tipo dependientes de nosotros, pero no de nuestras actuales o existentes creencias o evidencias"⁶¹.

Ahora bien, sucede que esta pretensión de una objetividad que es al mismo tiempo y en un cierto sentido dependiente del conocimiento y la actividad humana, pero en otro sentido no lo es, razón esta última por la que es precisamente objetivo, puede ser objeto de algunas observaciones decisivas. La primera de ellas es que la objetividad que pretenden Coleman y Leiter, aunque la planteen como independiente de las creencias y evidencias actuales u concretas de los actores jurídicos individuales, lo que aparece como requisito de su objetividad, termina dependiendo en definitiva de las prácticas judiciales fácticas, y por consiguiente contingentes, de las que se extraen las condiciones epistémicas ideales de esa objetividad. Por lo tanto, si bien esa objetividad no depende inmediatamente de las convicciones actuales e individuales de los actores jurídicos, sí depende en definitiva de sus creencias consideradas genéricamente, que son las que determinan las prácticas judiciales de las que surgen las condiciones epistémicas ideales. Dicho de otro modo: si bien se alarga la estructura lógico-racional del fundamento decisivo de la objetividad, ésta termina siempre radicando en las convicciones o evidencias de los actores jurídicos, *i.e.*, constituyendo una objetividad mínima o débil, con las deficiencias e insuficiencias que los mismos autores le reconocen.

Por otra parte, también se plantean dificultades aparentemente insalvables al momento de establecer con precisión el modo de acceder a las mencionadas condiciones epistémicas ideales. Coleman y Leiter sostienen que esas condiciones no son convencionales, sino que son *descubiertas* o *identificadas* en nuestras prácticas judiciales⁶²; pero aquí se presenta una alternativa: (i) o bien esas condiciones ideales son tales

61. *DOA*, p. 264.

62. *DOA*, p. 270.

porque corresponden a una cierta "naturaleza" de la actividad judicial o de las realidades jurídicas (Coleman y Leiter hablan de "conceptos *trascendentes* a las mismas prácticas"⁶³), y entonces se cae en la repudiada metafísica realista; o bien, (ii) esas condiciones ideales son de algún modo elaboradas por los sujetos, aunque sea colectivamente, sin ninguna referencia relevante a una realidad jurídica independiente de sus convicciones o acuerdos y, en ese caso, se tratará necesariamente de una elaboración convencional y, por lo tanto, se arribará en definitiva a una objetividad *débil* o *mínima* que, como lo reconocen los mismos autores, resulta radicalmente insuficiente.

Pero todo esto es así en definitiva porque, para estos autores y como ya lo hemos consignado anteriormente, "todas las concepciones de la objetividad (...) suponen (solamente) cortar la dependencia de cierta entidad o propiedad con elementos de nuestra 'subjetividad', tales como nuestras creencias, prejuicios, ideologías y características personales"⁶⁴; dicho en otras palabras, se reduce el concepto de "objetividad" al de una mera "transubjetividad", que sólo trasciende actual y contingentemente al sujeto concreto, sin que sea necesario un cierto enraizamiento en un objeto o realidad independiente del mismo acto de conocer o valorar⁶⁵. Y por ello, más que a una objetividad cabal, se termina adhiriendo a una subjetividad ampliada⁶⁶, ubicada no ya en el plano *semántico* sino en el *pragmático*, es decir, no en la referencia a estructuras de la realidad, sino más bien a ciertos usos lingüísticos o prácticas discursivas intersubjetivas⁶⁷. Pero resulta que estos usos y

63. DOA, p. 270.

64. DOA, p. 266.

65. *I'de*. Agazzi, E., "Analogicit  del concetto di scienza. Il problema del rigore e dell'obiettivit  nelle scienze umane", en AA.VV., *Epistemologia e scienze umane*, ed. V. Possenti, Milano, Massimo, 1979, pp. 69-70.

66. *I'de*, en este punto, Serna, P., "Sobre el 'Inclusive Legal Positivism'. Una respuesta al Prof. Vittorio Villa", en *Persona y Derecho*, N  43, Pamplona, 2000, pp. 143 ss.

67. Sobre la noción de "pragmática" y sus alcances, *vide* Bertuccelli Papi, M., *Qué es la pragmática*, trad. N. Cortés López, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 71 ss.

prácticas no alcanzan a constituir una objetividad radical, que establezca límites infranqueables para los sujetos jurídicos, y éste es, precisamente, el sentido de la búsqueda de la objetividad en las proposiciones normativas que son el resultado de la * * jurídica.

Dicho de otro modo, es posible distinguir aquí dos sentidos principales de la palabra "objetividad": (i) "objetividad" como mera trascendencia del sujeto, sin que esta calidad suponga un arraigo o referencia a un objeto o realidad independiente del sujeto o sujetos cognoscentes; y (ii) "objetividad" como inherencia a un objeto o realidad distinta radicalmente al sujeto o sujetos que conocen. En ese sentido, la proposición "es aceptado por todos que el homicidio debe castigarse", resultará objetiva sólo en el sentido (i), pero no en el sentido (ii). Y por su parte, la proposición "es una exigencia del bien humano que el homicidio sea castigado", será *objetiva* tanto en el sentido (i), ya que tiene un fundamento que trasciende al sujeto, como en el sentido (ii), ya que hace referencia al bien humano considerado como una realidad en sí misma. Ahora bien, resulta que sólo la objetividad en el sentido (ii) es suficiente para fundamentar una exigencia que todos los hombres, aún considerados genéricamente, deban respetar, con independencia radical de sus preferencias, convicciones o elecciones. La objetividad en el sentido (i), por el contrario, si bien plantea una fundamentación del deber independiente de la voluntad o elección actuales de un sujeto determinado, no puede fundamentar una exigencia  tica que trascienda la opinión o la voluntad de un conjunto o de la mayoría de los hombres. Y sucede que sólo en este caso la objetividad es capaz de mantenerse aun contra la posibilidad de error de todos los sujetos, que es para Coleman y Leiter la condición de una auténtica objetividad.

Pero por sobre todo, la posición de estos autores da lugar a una perplejidad insuperable, ya que la aceptación de una objetividad distinta, tanto de la *fuerte* (naturalista o realista), cuanto de la *mínima* (convencional o consensual), supondría la posibilidad de un modo de existencia distinto, a la vez, del que corresponde a las realidades naturales, y del que compete a las convenciones, acuerdos o construcciones humanas, que sería el referente de la objetividad *mínima*. Dicho de otro modo, además de los entes naturales, dados a la experiencia humana, y de los culturales, construidos por el hombre, debería existir una tercera

categoría de entes, que se podrían denominar *ideales* y que existirían en un modo diverso de los dos anteriores; y sería este tipo de entidades la que garantizaría la objetividad *modesta* de las proposiciones jurídicas, en especial de las interpretativas.

Pero a esta conclusión necesaria de las premisas del objetivismo *modesto*, es necesario oponer una versión del llamado por John Mackie "argumento de la extrañeza" (*argument of queerness*), conforme al cual ese objetivismo supondría la existencia de "entidades o relaciones de un tipo sumamente extraño (*queer*), completamente diferentes de cualquier otra cosa en el universo"⁶⁸. Mackie aplica esta objeción a todo tipo de objetividad ética, lo que no resulta estrictamente correcto⁶⁹, pero es evidente que esa argumentación puede ser aplicada para desmontar la construcción por Coleman y Leiter de un tercer modo de entidades, diversas de las que conocemos hasta ahora, que fundamentan su propuesta de una objetividad *modesta* para las proposiciones jurídicas⁷⁰.

En definitiva, este argumento, aplicado a la propuesta de los autores estudiados, puede formularse de la siguiente manera: en el universo existen dos clases de entidades: (i) las dadas en la naturaleza y (ii) las elaboradas o construidas por el hombre o por algún tipo de animales. Hasta lo que podemos llegar a saber, en el mundo no hay más que esos dos tipos de realidades, por lo que la pretensión de suponer la existencia de un tercer tipo de realidades hasta ahora desconocidas, las que hemos llamado realidades *ideales*, resulta vana e injustificada, por lo que toda construcción sustentada sobre la base de esa existencia, ha de ser considerada ilusoria y engañosa. Este tipo de argumentación "modesta" resulta en un cierto aspecto similar a la propuesta por los propulsores de la axiología de la primera mitad del siglo veinte y puede por lo tanto ser objeto de las mismas objeciones que se levantaron

68. Mackie, J., *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Harmondsworth, Penguin, 1977, p. 38.

69. *Ude*: Benn, P., *Ethics*, London, University College London Press, 1998, pp. 40 ss.

70. En rigor, los llamados "hechos jurídicos" no son propiamente *hechos*; Cfr. Blanco, S., *Positivismo metodológico...*, cit., p. 112.

contra esos pensadores, en particular la que sostiene que el "mundo de los valores" por ellos propuesto puede resultar muy interesante, pero tiene un inconveniente insalvable: no existe⁷¹.

7. Conclusiones

Una vez completada la crítica de la propuesta elaborada por Coleman y Leiter de una objetividad jurídica *modesta*, distinta de los modos de objetividad hasta ahora conocidos, corresponde resumir en unas pocas afirmaciones las conclusiones que pueden extraerse de la argumentación desarrollada; ellas son las siguientes:

a) ante todo, que **la exigencia de objetividad es constitutiva de las proposiciones jurídico-interpretativas**, como de todas las proposiciones éticas, ya que sólo una referencialidad objetiva es capaz de dar respuesta a varias de las cuestiones más fundamentales que se plantean a ese tipo de proposiciones, como *u.g.r.* la referida a la posibilidad de un error generalizado en el caso de una determinada *i.* jurídica; por supuesto que esta inevitabilidad del objetivismo jurídico excluye la viabilidad racional de las posturas subjetivistas, *u.g.r.*, de las diversas versiones del emotivismo;

b) una vez aceptada la necesidad de una referencia objetiva de las proposiciones jurídicas, en especial jurídico-interpretativas, **es necesario discriminar y valorar las diversas doctrinas objetivistas** que se han propuesto en el debate contemporáneo; en especial, reviste importancia la versión del objetivismo elaborada por Jules Coleman y Brian Leiter que, con la denominación de *objetividad modesta*, intenta plantear una vía media entre las versiones *mínimas* y *fuertes* de la objetividad jurídica;

c) no obstante la originalidad de la propuesta, la teoría elaborada por estos autores **no alcanza a responder acabadamente a las cuestiones que motivan la exigencia de la objetividad de las proposiciones jurídicas**; en especial, corresponde destacar las decisivas ambigüedades en que incurre la elaboración de esos autores, toda vez

71. *Ude*: Kalinowski, G., *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, trad. E. Marí, Buenos Aires, FUCEBA, 1979.

que, al proponer una objetividad que es a la vez independiente y dependiente de la actividad y elecciones humanas, y que es al mismo tiempo descubierta en las prácticas jurídicas y construida en esas mismas prácticas, no se alcanzan a configurar los extremos exigidos por la problemática que se quiere resolver;

d) finalmente, se ha hecho en el texto una referencia somera a *la propuesta de una objetividad práctico-realista* que, a la vez que reúne las ventajas de la objetividad *fuerte*, no se ve abocada a las perplejidades que presentan algunas de las versiones más difundidas de esa orientación y representa, por otra parte, una clara superación de los cuestionamientos de que son objeto las versiones *débiles* o *mínimas* de la objetividad jurídica; esta propuesta, que se inscribe en la tradición central del pensamiento ético y jurídico de occidente, ha de ser desarrollada y explicitada en sus supuestos, implicaciones y consecuencias; pero esta tarea habrá de ser el objeto de otra ponencia.

CLARIDAD, CERTIDUMBRE Y *RATIO* EN LAS DECISIONES JUDICIALES

FERNANDO QUINTANA BRAVO

Cuando Francis Bacon escribió en el aforismo 8, de su breve tratado sobre justicia universal, que "es tan esencial para la ley (*lex*) que sea cierta (*certam*), que no puede ser justa sin esta certidumbre"¹, lo que hizo fue poner la antigua relación entre *lex* y *iustitia* en la perspectiva de la certidumbre de manera que ésta fuese una condición de la realización de la justicia.

Examinar en detalle este aforismo exigiría hacerme cargo de la relación compleja y siempre actual entre *lex* y *iustitia*, retomando una vez más el clásico tema, pero lo que me propongo en este trabajo es tomar otro aspecto, cual es el de la certidumbre que puede pedirse en el conocimiento en materias jurídicas y morales. Aristóteles, en su *Ética Nicomaquea*, dejó establecida la imposibilidad de emplear métodos demostrativos en la materia moral, abriendo paso así a la consideración de factores de incertidumbre presentes en toda acción humana y al mismo tiempo a una metodología adecuada a esta situación. Esta tesis prolonga el largo debate sobre la conciencia dudosa del probabilismo moral que dominó el pensamiento medieval. De manera que en Bacon

1. La edición consultada es la de James Spedding, vol. I, *The Works of Francis Bacon*, London, 1856, en la edición facsimilar de F. Frommann Verlag Günther Holzboog, Stuttgart, 1963. La cita del texto corresponde al libro VIII, *De Dignitate et Augmentis Scientiarum*, que inserta al final un *Exemplum Tractatus de Iustitia Universalis*, sive de Fontibus Juris, expuesto en aforismos.