



José Juan Moreso
Luis Prieto Sanchís
Jordi Ferrer Beltrán

*Los desacuerdos
en el Derecho*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

ISBN 978-84-614-4297-3



9 788461 442973

JOSÉ JUAN MORESO. Es catedrático de Filosofía del Derecho en la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona, de la que es rector desde el año 2005. Es editor de la revista *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, es también director de la colección *Filosofía y Derecho* de la editorial Marcial Pons, junto a Jordi Ferrer y es miembro del comité de redacción de *Ragion Pratica* (Italia), *Isonomía* (México), *Discusiones* (Argentina). En los últimos años su investigación está centrada en los fundamentos filosóficos de la Constitución. Es autor de numerosos artículos de su especialidad, entre sus libros pueden destacarse *La teoría del Derecho de Bentham* (1992), *Orden jurídico y sistema jurídico* (1993, con Pablo Navarro), *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución* (1997, la versión inglesa en 1998), *Introducción a la teoría del Derecho* (2004, con Josep M. Vilajosana), *Lógica, argumentación e interpretación del Derecho* (2006) y *La Constitución: modelo para armar* (2009).

LUIS PRIETO SANCHÍS. Es catedrático de filosofía del Derecho en la Universidad de Castilla-La Mancha y ha sido Decano de las Facultades de Derecho y de Ciencias Jurídicas y Sociales, así como Director del Departamento de Ciencia Jurídica y Derecho Público. Es autor de numerosas publicaciones de su especialidad y miembro de los Consejos de redacción de varias revistas científicas. Entre sus libros cabe destacar *Ideología e interpretación jurídica* (1987), *Estudios sobre derechos fundamentales* (1990), *Constitucionalismo y positivismo* (1997) y *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (2003).

JORDI FERRER BELTRÁN. Es profesor titular de Filosofía del Derecho de la Universitat de Girona, universidad en la que es también director de la Cátedra de Cultura Jurídica. Es miembro del comité científico de distintas revistas internacionales como *Isonomía*, *Diritto e questioni pubbliche*, *Subfragio*, *Teoría Política* y redactor-jefe de *Análisis e diritto*. Dirige la colección *Biblioteca de cultura jurídica*, y junto a José Juan Moreso la colección *Filosofía y derecho*. Ha publicado en revistas nacionales e internacionales, entre las que destacan *Legal Theory*, *Law and Philosophy*, *Rechtstheorie*, *Associations* y *Análisis e diritto*. Entre sus libros, pueden citarse *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica* (2000), *Prueba y verdad en el derecho* (2002), *La valoración racional de la prueba* (2005).

Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Antonio Pau

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Pedro Cruz Villalón

Jesús González Pérez

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Celestino Pardo

Juan José Pretel

Carmen Tomás-Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

Gerente

M^a Isabel de la Iglesia

*Los desacuerdos
en el Derecho*

José Juan Moreso

Luis Prieto Sanchís

Jordi Ferrer Beltrán

*Los desacuerdos
en el Derecho*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

© 2010 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© José Juan Moreso, Luis Prieto Sanchís, Jordi Ferrer Beltrán

I.S.B.N.: 978-84-614-4297-3

Depósito Legal: M-43636-2010

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

LOS DESACUERDOS EN EL DERECHO. PREFACIO <i>(José Juan Moreso)</i>	11
TOMATES, HONGOS Y SIGNIFICADO JURÍDICO <i>(José Juan Moreso)</i>	15
1. Introducción	15
2. Cruel como género natural	27
3. La objeción: tomates y hongos	31
4. Intenciones y propósitos	35
5. Contextos y redes semánticas	39
6. Conclusión	46
LA DOCTRINA JULIA ROBERTS Y LOS DESACUERDOS IRRECUSABLES <i>(José Juan Moreso)</i>	49
1. Introducción	49

2. La doctrina Julia Roberts	57
3. La doctrina del Obispo Hoadly (el alcance de las autoridades finales)	64
4. Diversos sentidos de validez jurídica	71
5. Los desacuerdos en el Derecho ...	81
6. Conclusiones	86

SOBRE LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO A TRAVÉS DE LA MORAL (<i>Luis Prieto Sanchís</i>)	
	87

1. La tesis de las fuentes sociales ante la creciente incorporación de la moral al Derecho	87
2. La respuesta positivista	98
3. Dworkin y el realismo moral	106
4. Moreso y la teoría híbrida. Algunas dudas	118
5. La crueldad como género natural	129

6. El esencialismo y la teoría de los derechos fundamentales 136

SOBRE LA POSIBILIDAD DEL
ERROR JUDICIAL Y LOS
DESACUERDOS IRRECUSABLES EN EL DERECHO.
ONCE COMENTARIOS A
LAS TESIS DE JOSÉ JUAN
MORESO (*Jordi Ferrer Beltrán*) ... 147

LOS DESACUERDOS EN EL DERECHO¹. PREFACIO

José Juan MORESO²

You like potato and I like potahto,
You like tomato and I like tomahto
Potato, potahto, Tomato, tomahto,
Let's call the whole thing off.

George Gershwin and Ira Gershwin
Let's call the whole thing off³

Uno de los rasgos más sorprendentes de nuestros ordenamientos jurídicos es que acostumbra a combinar una razonable estabilidad con profundas discrepancias acerca de aspec-

¹ Los dos trabajos que integran esta publicación fueron presentados en dos sesiones de seminario de la *Fundación Coloquio Jurídico Europeo* el día 17 de junio de 2010. Estoy muy agradecido a la Fundación y, en especial, a Ernesto Garzón Valdés por su amable invitación. Las inteligentes observaciones de los asistentes al coloquio y, en especial, las amables, agudas e iluminadoras observaciones de mis comentaristas Luis Prieto Sanchís y Jordi Ferrer Beltrán, me servirán sin duda para afinar y, espero, mejorar mis reflexiones sobre los desacuerdos en el Derecho. Quedo, por esta razón, en deuda con ellos.

² Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

³ Entre las versiones existentes de esta canción me atrevo a recomendar la de Louis Armstrong y Ella Fitzgerald.

tos centrales del significado y el alcance de la práctica jurídica en su jurisdicción. Quiero decir que en las Facultades de Derecho se transmiten conocimientos acerca de aquello que el Derecho requiere y se enseñan habilidades y destrezas profesionales razonablemente estables y los abogados, los jueces y el resto de operadores jurídicos son capaces de predecir con razonable seguridad aquello que ocurrirá en un gran número de casos jurídicos. A la vez, sin embargo, hay casos en los que la discrepancia entre juristas es enorme y, además, se trata de una discrepancia que parece surgir de severos desacuerdos acerca de las instituciones básicas de un ordenamiento jurídico: el alcance de los derechos fundamentales, la justificación del uso de la coacción, por ejemplo. Y así los juristas desacuerdan acerca de si la Constitución española autoriza o no el matrimonio entre personas del mismo sexo, o la interrupción voluntaria del embarazo durante las primeras semanas sin indicaciones, o el despido de los profesores de religión contratados por la administración porque un obispo de la Iglesia católica les niega el certificado de idoneidad por sus opciones ideológicas.

En mi opinión, dar cuenta de este rasgo de nuestra práctica jurídica es uno de los retos no menores de la teoría del derecho.⁴ Debemos suministrar una teoría capaz de decirnos cuál

sea la naturaleza de estos desacuerdos. ¿Son desacuerdos jurídicos o, como otros consideran, son sólo desacuerdos ideológicos disfrazados de mantos jurídicos?

Pues bien, se incluyen aquí dos trabajos que tratan de avanzar en la construcción de dicha teoría. No, en este caso, en la construcción del núcleo de la teoría, que deberá esperar mejor ocasión; sino en el intento de solución de dos problemas concretos que se plantean a la teoría. El primero es el siguiente: si se acepta una determinada teoría del significado que está en mejores condiciones que otras de dar cuenta de los desacuerdos en el derecho, entonces hay que hallar una respuesta a una objeción que mostraría la implausibilidad de algunas conclusiones a las que conduce dicha teoría.⁵ El segundo trata de mostrar que la teoría puede sobrevivir al hecho indiscutible de que los sistemas jurídicos son sistemas de reglas junto con procedimientos que establecen mecanismos mediante los cuales las decisiones de algunas autoridades, en determinadas condiciones, son decisiones *finales* y dichas decisiones, más allá de los desacuerdos respecto del contenido de las

⁴ Y lo he intentado previamente, vd. José Juan Moreso, 'Legal Positivism and Legal Disagreements', *Ratio Iuris*, 22 (2009): 62-73.

⁵ *Tomates, hongos y significado jurídico.*

reglas, son vinculantes para todos los órganos del sistema.⁶

⁶ *La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables.*

TOMATES, HONGOS Y SIGNIFICADO JURÍDICO*

José Juan MORESO

Se equivocó la paloma.
Se equivocaba.

Creyó que el mar era el cielo;
que la noche la mañana.
Se equivocaba.

Que tu falda era tu blusa;
que tu corazón su casa.
Se equivocaba.

Rafael Alberti, *La paloma*, 1940.

1. Introducción

Comencemos con un caso hipotético. En la novela de Philip Kerr, *Una investigación*

* Una primera versión de este trabajo fue presentada en dos seminarios, uno durante el mes de abril de 2009 en el *Dipartimento di Cultura Giuridica Giovanni Tarello* de la *Università degli Studi di Genova* y el otro en el Curso de especialista en argumentación jurídica organizado por el área de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante en junio de 2010. Estoy en deuda con todos los asistentes a ambos seminarios y, en especial, con Manuel Atienza, Pierluigi Chiassoni, Paolo Comanducci, Daniel González Lagier, Riccardo Guastini, Francesca Poggi, Giovanni Ratti, Cristina Redondo, Ángeles Ródenas y Juan Ruiz Manero.

filosófica,¹ se describe el Londres de 2013 como una ciudad insegura, con un alto grado de delincuencia. Entre las medidas que se toman para reducirla, se encuentra la imposición de un nuevo tipo de pena: dado que la ciencia médica ha conseguido inducir y revertir el estado de coma en los humanos, se sustituye la pena de prisión por el denominado *coma punitivo*. De este modo, a los condenados a dicha pena se les induce el coma por el tiempo de la condena y son confinados en una especie de hospitales en donde, como es obvio, no hay peligro de fugas ni de motines, sólo hay que conservarlos con alimentación y respiración asistida. Por otro lado, el artículo 5 de la Declaración universal de los derechos humanos de las Naciones Unidas de 1948 establece que nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (también el artículo 15 de la Constitución española prohíbe los tratos inhumanos y degradantes). Si el coma punitivo se introdujera en el código penal español, ¿sería esta pena una medida conforme con la Declaración

¹ Philip Kerr, *A Philosophical Investigation* (London: Chatto & Windus, 1992), traducida al castellano como *Una investigación filosófica* (Barcelona: Anagrama, 1996). Creo que escuché relacionar este ejemplo literario por primera vez con la interpretación del derecho a Juan Carlos Bayón en una conferencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en el invierno austral de 1996.

universal de los derechos humanos o con nuestra constitución? O, dicho en términos más bien dworkinianos, ¿depende la verdad de la proposición según la cual el coma punitivo es (o no es) conforme con la constitución de la corrección moral de dicha medida?, ¿cómo debe determinarse si el coma punitivo es o no un trato cruel, inhumano o degradante?

Varias son las respuestas posibles a esta cuestión. En primer lugar, podríamos decir que la respuesta ha de hallarse en aquello que los redactores de la constitución consideraban, si ellos querían incluir el coma punitivo entre los tratos inhumanos o degradantes, entonces debemos considerar que lo es; si no lo consideraron, entonces no impusieron ninguna restricción al legislador para que estableciera dicha pena. En segundo lugar, podría argumentarse que, dadas las dificultades de conocer y tratar de recuperar las intenciones de los constituyentes, deberíamos responder a la cuestión de acuerdo con aquello que la mayoría de los ciudadanos españoles opina en la actualidad. En tercer lugar, podríamos preguntarnos cuál es el objetivo al que el derecho español sirve y, de acuerdo con nuestra respuesta, establecer si el coma punitivo contribuirá en mayor medida que su ausencia a conseguir dicho objetivo. En cuarto lugar, alguien podría pensar que la apelación a conceptos como el de tratos inhumanos

y degradantes es irremediablemente confusa y que, por lo tanto, el derecho español está indeterminado en todos los supuestos de aplicación de dicho concepto, con lo cual los jueces gozan de discreción para resolver este caso. En quinto y último lugar, en cambio, puede argumentarse que, dado que el concepto de trato inhumano y degradante es moral, la manera adecuada de aplicar este concepto es involucrarse en un razonamiento moral, de moral sustantiva, para averiguar si este castigo es o no conforme a la constitución.²

La primera posición, aquella con arreglo a la cual el texto constitucional debe ser interpretado tratando de *recuperar* las intenciones de los que lo dictaron, se conoce en el debate constitucional de los Estados Unidos como *originalismo*.³ Según esta posición, dado que los constituyentes españoles no pensaron que el coma punitivo estaba incluido entre los tratos inhumanos o degradantes que la Cons-

² Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2006), puede ser leído como un intento de articular los argumentos que permiten rechazar las cuatro primeras objeciones y abrazar la quinta. Vd. José Juan Moreso, 'La lectura moral del Derecho', *Revista de Libros* 142 (octubre 2008), 11-13.

³ Y es defendido, por ejemplo, por el magistrado del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, Antonin Scalia, *A Matter of Interpretation* (Princeton: Princeton University Press, 1997).

titución prohíbe, entonces el legislador español podría introducir este tipo de castigo en la legislación. La respuesta de Dworkin consiste en distinguir dos tipos de originalismo:⁴ el originalismo *semántico*, según el cual ‘lo que colectivamente querían decir los legisladores es decisivo para la determinación del significado constitucional’ y el originalismo *de la expectativa*, conforme al cual ‘lo decisivo es qué esperaban conseguir al decir lo que dijeron’. Para Dworkin, el originalismo semántico constituye el punto de partida de cualquier interpretación que pretenda ser fiel al texto constitucional, pero no permite alcanzar las respuestas que pretenden los originalistas, puesto que si los constituyentes usaron cláusulas abstractas, como es el caso, lo que debemos hacer para averiguar qué dijeron es interpretar dichas cláusulas de acuerdo con lo que dijeron. De hecho, ellos no prohibieron –como pretende el originalismo de la expectativa– los tratos que los constituyentes consideraban inhumanos o degradantes, sino los tratos inhumanos o degradantes a secas. Volveré más adelante sobre esta distinción dworkiniana porque guarda relación con el problema que voy a plantear.

⁴ Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, supra nota 2, pág. 125.

Dworkin no presta mucha atención a la segunda de las posibles interpretaciones:⁵ no a lo que los constituyentes consideraban tratos inhumanos o degradantes, sino a lo que de modo generalizado se considera trato inhumano o degradante, aunque es una posición ampliamente difundida entre los juristas. Sin embargo, de acuerdo con Dworkin, ¿es razonable que los jueces remitan para tomar sus decisiones a las encuestas de opinión? Tampoco los constituyentes prohibieron aquellos tratos que la opinión generalizada considera inhumanos o degradantes; sino, de nuevo, los tratos inhumanos y degradantes a secas.⁶

La tercera posición, la que sostiene que la constitución debe ser interpretada del modo que favorezca en mayor medida determinados fines preestablecidos, es la que Dworkin discute en los primeros capítulos de su libro, como *pragmatismo*. Se trata de una concep-

⁵ *Ibidem*, pág. 121, nota 3 en pág. 282.

⁶ Valdría la pena considerar la vinculación de este argumento con el llamado *constitucionalismo popular* que han defendido, por ejemplo, Mark Tushnet, *Taking the Constitution Away from the Courts*, (Cambridge., Mass.: Harvard University Press, 1999) y Larry Kramer, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, (Oxford: Oxford University Press, 2004). Un comentario desde una posición cercana, no exento de críticas en Roberto Gargarella, 'El nacimiento del constitucionalismo popular', *Revista de Libros*, 112 (abril 2006), 15-18.

ción que pone el énfasis no en la deferencia hacia las intenciones de los constituyentes, sino en las consecuencias de tomar una u otra vía interpretativa. Históricamente el realismo jurídico americano y, en la actualidad, el análisis económico del derecho, responden a esta concepción.⁷ En realidad, siguiendo a Dworkin es posible mostrar que esta es una teoría vacía puesto que es incapaz de delimitar cuáles han de ser los fines que el derecho persigue, como no sea de un modo tan vago que a nada conducen, o de un modo que para nada es obvio y que necesita ser debatido aportando razones morales precisamente, como sucede con la maximización de la riqueza propuesta por el primer análisis económico del derecho.

La cuarta posición es la que usualmente es atribuida al positivismo jurídico y, efectivamente, puede atribuirse a las concepciones de la interpretación de Hans Kelsen, Alf Ross y, sobre todo, H.L.A. Hart.⁸ Dicho ahora rápi-

⁷ De hecho, su más egregio representante, el profesor y magistrado Richard Posner es el más importante blanco de las críticas de Dworkin en este punto. Puede verse, Richard Posner, 'The Problematics of Moral and Legal Theory', *Harvard Law Review*, 111 (1998): 1640-1717.

⁸ Vd. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2 ed., (Wien: Franz Deuticke), Alf Ross, *On Law and Justice* (London: Stevens & Sons, 1958) y H.L.A., Hart, *The Concept of*

damente, el núcleo del positivismo jurídico hartiano⁹ está constituido por la convicción de que el derecho es un artefacto creado por los seres humanos y como tal imperfecto. Por dicha razón, la coincidencia con la moralidad es contingente y, más importante, las regulaciones que en él se encuentran tienen límites: hay casos no regulados en los cuales los aplicadores del derecho tienen discreción. Si los juristas y los jueces discrepan acerca de si el coma punitivo es o no un trato cruel y si diversos métodos interpretativos llevan a so-

Law (Oxford: Oxford University Press, 1961). De hecho, también la posición de algunos representantes del realismo jurídico americano y, más todavía, la posición del realismo jurídico genovés puede verse como una generalización de esta tesis a todos los supuestos de interpretación y aplicación del derecho, abrazando una especie de *escepticismo interpretativo*. Vd., para una presentación de dicho escepticismo, por ejemplo: Giovanni Tarello, 'La semantica del neustico. Osservazioni sulla 'parte descrittiva' degli enunciati precettivi' en *Diritto, enunciati, usi. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Bologna: Il Mulino, 1974, págs.329-366; Pierluigi Chiassoni, 'L'ineluttabile scetticismo della «scuola genovese»', P. Comaducci-R- Guastini, *Analisi e Diritto 1998. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 21-76 y Riccardo Guastini, 'Una teoría cognoscitiva de la interpretación', *Isonomía*, 29 (2008), 15-31.

⁹ Vd., por ejemplo, (nunca publicado en inglés) H.L.A. Hart, 'El nuevo desafío del positivismo jurídico', (traducción de F. Laporta, L. Hierro y J.R. de Páramo), en *Sistema*, 36 (1990, mayo), págs. 3-19 y 'Postscript' a *The Concept of Law*, 2 ed. por P. Bulloch y Joseph Raz (Oxford: OUP, 1994).

luciones diversas, entonces los jueces tienen discreción en dichos casos.

Estas tres tesis han sido, como es sabido, el objeto de la persistente crítica de Ronald Dworkin en los últimos treinta años. Para Dworkin, el derecho es una práctica humana cuyo significado ha de ser comprendido captando los principios morales que subyacen a dicha práctica y la justifican. Esta concepción del Derecho conduce a Dworkin a la tesis de que los jueces nunca tienen discreción (en sentido fuerte, esto es, ausencia de criterios que guíen su decisión) cuando deciden los casos.

Hay dos modos principales, en la literatura iuspositivista, de replicar a las críticas de Dworkin. Por un parte, tenemos el denominado positivismo jurídico exclusivo, de acuerdo con el cual la identificación del derecho nunca depende de la argumentación moral, puesto que el derecho es una institución que pretende autoridad y tal pretensión se fundamenta en la idea de guiar el comportamiento humano mediante pautas que, precisamente, puedan ser identificadas sin recurrir a la moralidad. Ello es compatible con que los jueces tengan discreción para decidir los casos de acuerdo con la moralidad, creando de este modo nuevo

derecho.¹⁰ Por otra parte, tenemos el denominado positivismo jurídico inclusivo, según el cual cuando el derecho remite a la moralidad la incorpora, introduciendo de este modo criterios morales de los que depende la validez de las normas jurídicas.¹¹ Esta es también la posición a la que explícitamente se suma Hart en el *Postscript* publicado póstumamente.¹²

Dworkin insiste menos ahora que en el pasado en el argumento conforme al cual el positivismo jurídico no podía dar cuenta de la pertenencia al derecho de estándares como los principios, implícitos en la práctica aunque nadie los hubiera promulgado.¹³ El argumen-

¹⁰ Se trata de la posición de Joseph Raz. Vd. principalmente Joseph Raz, *The Authority of Law*, (Oxford: OUP, 1979), cap. 3 y *Ethics in the Public Domain*, (Oxford: OUP, 1994), cap. 9. Pero véase también Scott J. Shapiro, 'On Hart's Way Out' en *Legal Theory*, 4 (1998), 469-508.

¹¹ Vd., por ejemplo, Vd. W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: OUP, 1994) y Jules L. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatism Approach to Legal Theory* (Oxford: OUP, 2001) y mi propia posición en J.J. Moreso, 'In Defense of Inclusive Legal Positivism' en P. Chiassoni (ed.), *The Legal Ought* (Torino: Giappichelli, 2001), 37-63.

¹² H.L.A. Hart, 'Postscript', supra en nota 9.

¹³ De hecho recuerdo que en un seminario en Oxford en 1995, ante una pregunta referida a su famosa distinción entre reglas y principios, Dworkin se refirió a ella como 'esa pieza de la arqueología de mi pensamiento'.

to central de Dworkin contra el positivismo jurídico es, ahora, que dicha teoría no puede dar cuenta de los desacuerdos entre los juristas. Dworkin sostiene contra J. Coleman y J. Raz,¹⁴ que cuando el derecho incorpora conceptos morales (como hace cuando prohíbe los tratos inhumanos y degradantes) no todos aceptarían que remite a la moralidad y que los jueces deban aplicar el derecho siguiendo pautas morales, como ambos parecen presuponer (Raz como una autorización a los jueces a crear nuevo derecho y Coleman como una incorporación genuina de pautas morales en el derecho). Muchas concepciones del derecho, como hemos visto, niegan tal extremo y sostienen que en dichos casos el derecho debe ser identificado sin recurrir a la moral. Dworkin considera que su concepción no convencionalista del derecho puede dar cuenta de estos desacuerdos, puesto que son desacuerdos acerca del significado, de la interpretación, de esta práctica que denominamos derecho.¹⁵

¹⁴ Vd. Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, supra nota 2, págs. 194 y 236.

¹⁵ Recientemente algunos positivistas han considerado seriamente este argumento dworkiniano y han tratado de argüir qué respuestas debería dar un positivista, vd., por ejemplo, Scott J. Shapiro, 'The 'Hart-Dworkin' Debate: A Short Guide for the Perplexed' en A. Ripstein (ed.), *Ronald Dworkin*, (Cambridge: CUP, 2007), págs. 22-55. Un argumento tratando de mostrar que no se trata

En mi opinión, el argumento del desacuerdo es un argumento poderoso en el sentido de que cualquier teoría jurídica debe dar cuenta del lugar de la discrepancia en la práctica jurídica.¹⁶ Ahora bien, mi objetivo no es mostrar este extremo y, por lo tanto, lo daré aquí por supuesto. Mi objetivo es doble: por un lado, establecer que un modo especialmente perspicuo de sostener la vinculación entre el derecho y la moralidad consiste en adoptar una concepción del significado conforme a la denominada teoría causal de la referencia, que es compatible con el realismo moral y que ha sido adoptada por muchos defensores del realismo moral y, por otro lado, plantear una importante objeción a la aplicación a la interpretación del derecho de la teoría causal de la referencia junto con algunos intentos de contestar a esta objeción.

de una objeción tan poderosa a la concepción iuspositivista en Brian Leiter, 'Explaining Theoretical Disagreement', *The University of Chicago Law Review*, 76 (2009), 1215-1250.

¹⁶ Mientras escribo estas líneas asistimos en España al procesamiento del magistrado Baltasar Garzón por parte del Tribunal Supremo, imputado por el delito de prevaricación. Un asunto que más allá de su impacto en los medios de comunicación de todo el mundo, suscita precisamente la cuestión del lugar y el alcance de los desacuerdos en la práctica del derecho.

2. Cruel como género natural

La tesis que voy a sostener es la siguiente: la crueldad del coma punitivo no depende de lo que consideraban los constituyentes, ni de lo que considera ahora la sociedad, ni los jueces del Tribunal Constitucional. Como dijo H. Putnam 'los significados no están en la cabeza'. Y, por lo tanto, no es el significado lo que determina la referencia de nuestras expresiones, sino precisamente al revés: es la referencia lo que determina el significado.¹⁷

De este modo, puede comprenderse que los desacuerdos acerca del significado de 'cruel' son desacuerdos *genuinos*, dado que todos nos referimos a los mismos comportamientos por tal expresión y ello es compatible con disponer de teorías (morales) diversas acerca de la crueldad y, por lo tanto, con asociar diversas propiedades a este predicado: será la mejor teoría (la teoría verdadera) de la crueldad la que captará las propiedades adecuadas.

¹⁷ Como es sabido, estas ideas fueron primero aplicadas al significado de los nombres propios por Saul Kripke, *Naming and Necessity* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1980) y extendida a los términos de géneros naturales (y también a objetos artificiales, como los lápices) por Hilary Putnam, 'The Meaning of «Meaning»', en H. Putnam, *Mind, Language, and Reality*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1975), 215-271.

Lo anterior parece suponer algún tipo de esencialismo acerca de los géneros naturales, hay algo en la realidad independiente de nosotros que hace los comportamientos crueles.¹⁸

Tampoco me detendré aquí a defender esta teoría del significado contra su rival: la teoría descriptiva, atribuida usualmente a G. Frege y a B. Russell.¹⁹ Me conformaré con recordar los problemas que la teoría descriptiva afronta en relación con el significado de los nombres propios y las ventajas de la teoría causal, confiando en que esto será suficiente para imaginar cómo podrían presentarse las ventajas de la teoría causal para los predicados de géneros naturales y de géneros no naturales.²⁰

¹⁸ En teoría del derecho tal vez las presentaciones más perspicuas de esta posición sean David O. Brink, 'Legal Theory, Legal Interpretation, and Judicial Review', *Philosophy and Public Affairs*, 17 (1988), 105-148 y Michael Moore, del que puede verse 'Legal Reality: A Naturalist Approach to Legal Ontology', *Law and Philosophy*, 21 (2002), 619-705.

¹⁹ Dos recientes presentaciones de la teoría y de sus problemas en Scott Soames, 'Reference and Description' en F. Jackson, M. Smith (eds.), *The Oxford Handbook of Contemporary Philosophy*, (Oxford: Oxford University Press, 2005), págs. 397-426 y Reimer, Marga, 'Reference', *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2010 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2010/entries/reference/>>.

La teoría descriptiva supone que los significados de los nombres propios vienen dados por las descripciones que los hablantes asociamos, de manera compartida, con dicho nombre y son estas descripciones las que fijan la referencia. Esto es, por ejemplo, el nombre del actual rey de España, ‘Juan Carlos de Borbón’, viene dado por descripciones como ‘es el primer rey de España en el siglo XXI’, ‘protagonizó la transición a la democracia en España’, ‘fue nombrado sucesor a título de Rey por el dictador Franco’, ‘contrajo matrimonio con la hermana de Constantino de Grecia’, etc. y son estas descripciones las que determinan la referencia de la expresión ‘Juan Carlos de Borbón’.

Los problemas fundamentales de dicha teoría son dos: el problema epistémico y el problema modal. El problema epistémico es como sigue: si el significado de ‘Juan Carlos de Borbón’ viene dado por estas descripciones entonces deberíamos decir que si alguien sabe que

[1] Juan Carlos de Borbón es el marido de la hermana de Constantino de Grecia

²⁰ Un modo de extender la teoría a todo tipo de predicados, relevante para el derecho, se halla en Nicos Stavropoulos, *Objectivity in Law* (Oxford: Oxford University Press, 1996).

también sabe que

[2] Aquel que fue nombrado sucesor a título de Rey por el dictador Franco es el marido de la hermana de Constantino de Grecia.

Y esto es muy implausible, alguien bien puede saber que [1] es verdadero y no saber que [2] es verdadero (es incluso razonable pensar que esto es lo que sucede con muchos españoles menores de treinta años).

El problema modal es que para la teoría descriptiva una oración como

[3] Si Juan Carlos de Borbón existe, entonces es el primer Rey de España en el siglo XXI,

es una verdad necesaria. Pero esto es también poco plausible, es perfectamente razonable pensar que Juan Carlos de Borbón no hubiese sido Rey de España en el siglo XXI, porque no hubiese sido nunca rey o porque hubiese muerto antes, por ejemplo.

La teoría causal resuelve estos problemas puesto que 'Juan Carlos de Borbón' es lo que se denomina un *designador rígido*, que se refiere al mismo individuo en todos los mundos posibles tales que este individuo existe.

Hay mundos posibles en donde [1] es verdadero y [2] es falso, porque Juan Carlos se casó con Sofía pero nunca fue designado Rey ni fue Rey. Hay también mundos en donde [1] y [2] son falsos. Y, para la teoría causal, [3] es una verdad contingente, es verdad en nuestro mundo, pero hay mundos posibles en que es falsa.

3. La objeción: tomates y hongos

Para la teoría causal, entonces, el significado nunca depende de las descripciones que los usuarios asociamos con determinadas expresiones. El significado está dado por la referencia y nosotros sólo podemos conjeturar la mejor teoría de la referencia, con la esperanza que ella nos dará el significado de los términos. Por dicha razón, Putnam sugirió que dado que creemos que la mejor teoría del agua es aquella según la cual el agua es H_2O entonces este es su significado, también para los que desconocen esta composición del agua y asocian el término con el líquido que hay en nuestros ríos y mares.

Y aquí es donde surge el problema que quiero tratar cuando tratamos de aplicar la teoría causal a la interpretación del derecho.

Lo haré con dos supuestos jurídicos que llegaron a los más altos Tribunales en sus

países. Se trata, dicho ahora, muy resumidamente del problema de si los tomates son verduras o son frutos a la hora de aplicarles un impuesto que gravaba la compraventa de verduras en los Estados Unidos y que fue resuelto por el Tribunal Supremo en 1893 y el problema de si los hongos son o no plantas alucinógenas para averiguar si les es aplicable la legislación penal que prohíbe traficar con dichas sustancias según el código penal alemán y que fue resuelto por el Tribunal Supremo Federal de Alemania en 2007.

En 1883, en los Estados Unidos determinada legislación fiscal (*Tariff Act of March 3, 1883*) establecía una carga impositiva a la compraventa de verduras, pero no a la de frutos. De modo que se produjo una controversia acerca de si los tomates han de ser clasificados como verduras o como frutos. Es obvio que, desde el punto de vista botánico, los tomates son un tipo de fruto y, también es conocido, que desde el punto de vista culinario acostumbramos a servir los tomates junto con otras verduras, en la ensalada por ejemplo y no como postre, y a menudo los tomates se hallan en las tiendas de comestibles junto con las verduras y no con los frutos. De acuerdo con la teoría causal de la referencia aplicada a los términos usados en los textos legales, deberíamos concluir que los tomates son frutos y que por lo tanto están exentos del

impuesto. Sin embargo, la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1893 sostuvo que de acuerdo con el uso habitual de los términos y a los únicos efectos de la interpretación de la ley en disputa, los tomates son considerados verduras.²¹ Estas fueron las palabras del juez Gray, con una decisión tomada por unanimidad:

Botánicamente hablando, los tomates son el fruto de una planta, como lo son los pepinos, los calabacines, las judías y los guisantes. Pero en el lenguaje común de la gente, sea de los vendedores o de los consumidores de estos productos, todos son verduras que se cultivan en los huertos domésticos y que cocinados o crudos, son como las patatas, las zanahorias, la chirivía, los nabos, la remolacha, la coliflor, la col, el apio y la lechuga, que usualmente se sirven para cenar con o después de la sopa, el pescado o la carne que constituye la parte principal de la comida y no, como los frutos generalmente, el postre.

A mi me parece esta decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos un ejemplo de sensatez, sin embargo, parece incompatible con la teoría causal de la referencia. Por lo tanto, o bien rechazamos la teoría causal o bien elaboramos un argumento que muestre

²¹ Vd. *Nix v. Hedden* (149 US 304, 1893).

que la teoría puede dar cuenta de supuestos recalcitrantes como éste.

Veamos otro supuesto recalcitrante también de la botánica: la legislación penal, la ley de tráfico de estupefacientes –que contiene un anexo con las sustancias prohibidas- alemana castigaba el tráfico de plantas alucinógenas, algunos de los defensores de traficantes con hongos alucinógenos arguyeron que los hongos no son, botánicamente, plantas, por lo que no podían ser penados por su tráfico y conforme a ello el *Oberlandgericht* (Tribunal Superior) de Coblenza absolvió a unos acusados de este delito. En octubre de 2006, sin embargo, el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal de Alemania) revoca en casa-ción esta decisión con argumentos muy similares a los que cien años antes había usado el Tribunal Supremo estadounidense.²² Estos son los argumentos fundamentales del Tribunal:

En verdad se reconoce en la biología que los hongos se ubican como un grupo independiente de organismos junto a las plantas

²² Vd. *BGH, NJW*, 2007, 524-526. Vd. también Juan Pablo Montiel, Lorena Ramírez, ‘De camareros estudiantes de biología a jueces biólogos. A propósito de la sentencia del BGH sobre los hongos alucinógenos y la deferencia a los expertos en el ámbito penal’ en *InDret*, 1/2010, www.indret.com/code/getPdf.php?id=1344&pdf=691.pdf&indret.

(verdes) [...] en definitiva, se compran generalmente hongos también en fruterías y verdulerías. La filiación [entre plantas y hongos] es comprobada mediante una búsqueda en Internet, que está a disposición de cualquiera para la publicación de textos propios y, por tanto, puede brindar una amplia información sobre el espectro general del actual uso del lenguaje. Precisamente allí pueden encontrarse algunas páginas webs en las que se indica que los hongos —desde un punto de vista científico— no son como las plantas, aunque también allí se añade que los hongos siempre son clasificados de manera errónea (esto es, en el lenguaje ordinario) a las plantas.

Al parecer, aunque la botánica es la mejor teoría de la que disponemos para el reino vegetal y que sus clasificaciones naturales hacían de los tomates frutos y, por ello, no incluidos en la referencia de la expresión ‘verduras’ y los hongos son un grupo de organismos diferenciado de las plantas; no obstante hay buenas razones para tomar como adecuadas las decisiones de ambos altos Tribunales.

4. Intenciones y propósitos

Una forma de tratar de replicar a esta objeción es la siguiente: el significado de ‘verduras’ no incluye a los tomates porque los

tomates son frutos, y el significado de ‘plantas’ no incluye a los hongos porque los hongos no pertenecen al reino vegetal (ni al animal, es claro, sino a un cuarto reino, el reino de los hongos). Ahora bien, la interpretación del derecho viene dada no sólo por el significado de las expresiones usadas por las autoridades legislativas, sino también por los propósitos que subyacen a dicha regulación y dichos propósitos están dados, en primer lugar, por la intención de las autoridades: la *voluntad del legislador*, en suma. Tal vez pueda decirse así: la interpretación de un determinado texto legislativo es una función entre el significado del texto –algo que, a menudo, los juristas equiparan con el significado literal- y la intención de la autoridad que lo dictó.

A veces, la intención y el significado convergen, otras veces están en tensión, cuando no son directamente antinómicas y, entonces, hay que determinar cuál resulta vencedora. Los argumentos de ambos tribunales parecen sugerir un modo especialmente transparente en ambos casos de recuperar la intención legislativa: los tomates incluidos en la legislación fiscal que gravaba el tráfico de verduras y los hongos en la legislación penal que castigaba el tráfico de plantas alucinógenas.

Esta es la posición de uno de los más destacados defensores de la teoría causal apli-

cada a la interpretación jurídica, David O. Brink.²³ Brink se pregunta por una cuestión semejante a la nuestra, a saber, si la pesca de ballenas está prohibida por una regulación que veda la captura de peces y esta es su respuesta:²⁴

Consideremos la disposición legislativa semánticamente consistente S2.

S2: Se prohíbe la captura de peces en cincuenta millas de la costa.

Admito que estoy comprometido a mantener que el *contenido semántico* de S2 implica que la captura de ballenas en el límite de las cincuenta millas no está prohibida. Pero el contenido semántico no agota la interpretación; la interpretación requiere apelar al propósito subyacente también. Y, como antes, el propósito subyacente es la intención abstracta de preservar la vida marina, y tal

²³ Véase su posición sobre este punto en David O. Brink, 'Semantics and Legal Interpretation (Further Thoughts)', *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2 (1989), 181-191, en donde replica sobre este punto y otros a Dennis M. Patterson, 'Realist Semantics and Legal Theory', *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2 (1989), 175-179, vd. también Dennis M. Patterson, 'What Was Realism?: A Reply to David Brink', *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, 2 (1989), 193-195.

²⁴ David O. Brink, 'Semantics and Legal Interpretation (Further Thoughts)', *supra* en nota 22, 187-188.

intención abstracta requiere de nuevo que la regulación sobre la pesca incluya otros animales marinos (como las ballenas) además de los peces. Este es un caso en que mis dos componentes de la interpretación –significado y propósito– entran en conflicto... No he ofrecido ningún algoritmo para resolver estos conflictos interpretativos, aunque he diseñado un enfoque general de la interpretación jurídica en la que tales conflictos pueden ser manejados.

Esta vía de solución comporta, al menos, dos problemas: a) la capacidad de distinguir el contenido semántico de la intención y el propósito legislativos y b) la capacidad de identificar el nivel de abstracción adecuado con el que describir la intención legislativa.

Acerca del primer punto, vale la pena recordar que el modo más usual de determinar la intención de alguien es a través de lo que dice, sólo así atribuimos intencionalidad a la mayoría de acciones humanas; determinar que lo que el legislador quiere está en contradicción con lo que dice presupone que podemos acceder a lo que quiere al margen de lo que dice. No es obvio de qué instrumentos disponemos para ello.²⁵

²⁵ Son advertencias que pueden hallarse en un ya viejo, pero fundamental sobre estas cuestiones, trabajo

Lo que el legislador quiere puede ser descrito de muchos modos. Algunas veces el legislador usa deliberadamente un lenguaje abstracto, que expresa una intención abstracta, así en nuestro ejemplo de la prohibición de tratos crueles. Ahora cuando no es así y lo que hace es poner un impuesto al tráfico de verduras o prohibir la pesca, ¿cómo sabemos el grado de abstracción con el que describir su intención? ¿Un impuesto a los alimentos que cultivamos en los huertos, a los alimentos que comemos más habitualmente? Y ¿preservar la vida marina o preservar la calma de los bañistas, surfistas y la navegación de placer?

Estas dificultades hacen que esta vía de contestar la objeción no resulte tan prometedora como aparentaba: no es claro como han de identificarse las intenciones o propósitos que derroten lo establecido por el contenido semántico.

5. Contextos y redes semánticas

Uno de los problemas que, tempranamente, se planteó a la teoría causal de la referencia es como sigue: dado que la teoría causal de los nombres propios presupone una cadena causal de uso referencial de un nombre propio

de Gerald C. MacCallum, Jr. 'Legislative Intent', *Yale Law Journal*, 75 (1966), 754-787.

hasta remontase a alguna originaria *ceremonia bautismal*, entonces la teoría tiene problemas a la hora de dar cuenta de los cambios de referencia. Así por ejemplo, Gareth Evans arguyó que, según parece, Madagascar –el nombre que Marco Polo dio a la gran isla africana– era un nombre que los habitantes del continente africano daban a alguna parte de él y que, confundidamente, Marco Polo tomó por el nombre de la isla y lo usó de este modo. ¿Hay que decir, entonces, que Madagascar no es el nombre de la isla, a pesar de nuestros usos actuales?²⁶ No parece sensato. O supongamos, inspirados también en un ejemplo de Evans, que cuando nació Juan Carlos de Borbón en Roma una enfermera lo hubiese cambiado por otro bebé, llamado Tommaso, y dicho cambio hubiese pasado inadvertido a todo el mundo, querría ello decir qué es falso que Juan Carlos de Borbón es el rey de España? Este nos parece un supuesto más controvertido porque asociamos ‘rey de España’ con la descripción ‘heredero de la dinastía histórica, que es la borbónica’ y Tommaso no está referido por dicha descripción. Sin embargo, es muy extraño sostener que ‘Juan Carlos’ no se refiere a la persona a la que todo el mundo lo aplica.

²⁶ Vd. Gareth Evans, ‘The Causal Theory of Names’, *Proceedings of the Aristotelian Society*, Suppl. Vol. 47 (1973), 187-208.

Esta razón, entre otras, llevó a Evans²⁷ a postular algún tipo de teoría híbrida en donde algún elemento causal sea combinado con algún elemento referido a las descripciones que los hablantes asocian con el término, en nuestro caso un nombre propio.²⁸

Si hay un espacio para estas teorías híbridas, entonces tal vez haya un espacio para atemperar las consecuencias de algunas versiones de la teoría causal. Por ejemplo, tal vez la teoría causal de los términos de géneros naturales no necesite presuponer que siempre que clasificamos los objetos del mundo lo hacemos con los propósitos que tiene la mejor teoría científica disponible. Podemos, deliberadamente, apartarnos de ella; para otros propósitos. Veamos lo que nos dicen de los tomates A. Lehrer y K. Lehrer:²⁹

²⁷ Y a otros, vd. Michael Devitt, *Designation*, (New York: Columbia University Press, 1981).

²⁸ Si otra original idea de Evans, la distinción entre necesidad superficial y necesidad profunda, Gareth Evans, 'Reference and Contingency', *The Monist*, 62 (1979), 161-189, que ha dado lugar, junto con toras contribuciones, a la literatura reciente sobre un enfoque bidimensional a la semántica –vd. Manuel García-Carpintero, Josep Macià (eds.), *Two-Dimensional Semantics*, (Oxford: Oxford University Press, 2006) puede ser el núcleo de una teoría general híbrida con capacidad para resolver el problema que planteo, es una cuestión que no estoy en condiciones de abordar aquí.

²⁹ Adrienne Lehrer, Keith Lehrer, 'Fields, Networks and Vectors', en F.R. Palmer (ed.), *Grammar and*

También son controvertidos casos como [13]:

- [13] a. Los tomates son verduras.
- b. Los tomates son frutas.

Los ejemplos en [13] ilustran un problema ligeramente diferente: a saber, que la clasificación puede hacerse para una variedad de propósitos. Si las plantas comestibles son agrupadas para propósitos de taxonomía botánica, entonces [13b] es verdadero; si para propósitos culinarios, entonces [13a] es verdadero. Esto significa que hay un factor pragmático que decide entre los intereses botánicos y culinarios. Es claro, uno siempre puede afirmar que los intereses botánicos son 'correctos' y los otros no lo son, pero tal aserción comporta un sesgo que necesita ser justificado.

La conclusión de este enfoque es que el significado es siempre un vector resultante no sólo de los elementos semánticos, sino de elementos pragmáticos también. Un vector que resulta de la posición del término en una determinada red semántica, en conexión con otros términos y en un contexto determinado. Es más, de acuerdo con este enfoque, nuestra capacidad de negociación y decisión puede mostrar nuestros desacuerdos y profundizar

Meaning. Essays in Honour of Sir John Lyons, (Cambridge: Cambridge University Press, 1995), 26-41.

en nuestros acuerdos, puede hacer mejor nuestra comunicación.

Sin embargo, para que sea útil en la teoría de la interpretación precisamos un argumento que nos muestre cuando podemos prescindir de la teoría causal para asignar significado a una expresión y, por lo tanto, podemos recurrir a las descripciones que las autoridades legislativas asociaban a determinadas expresiones.

Tal vez, una distinción establecida por Dworkin en otro contexto, pueda servir para determinar cuándo en teoría de la interpretación podemos atemperar la teoría causal y quedarnos con las descripciones que las autoridades legislativas asociaban a determinadas expresiones. Me refiero a la distinción, que he traído a colación en la introducción y que me permito recordar, entre el *originalismo semántico* según el cual ‘lo que colectivamente querían decir los legisladores es decisivo para la determinación del significado constitucional’ y el *originalismo de la expectativa*, conforme al cual ‘lo decisivo es qué esperaban conseguir al decir lo que dijeron’.³⁰ De acuerdo con esta distinción, si los legisladores usaron expresiones concretas o el contex-

³⁰ Ronald Dworkin, *Justice in Robes*, supra nota 2, pág. 125.

to muestra que las presuponían, entonces el texto debe interpretarse de dicho modo. Esta es la deferencia que sí debemos a las intenciones de las autoridades legislativas. Lo que no les debemos es deferencia a los resultados que ellos esperaban alcanzar con esta regulación.

De este modo, tal vez, es posible resolver el problema planteado por la clasificación botánica de los tomates. Hay que tener en cuenta, en primer lugar, que el término ‘verdura’ no es un término de la botánica sino del lenguaje ordinario,³¹ por lo tanto ‘verdura’ no es una clase natural. Que dicha expresión reúna en la misma clase individuos de diversos géneros naturales (frutos –como los tomates–, hojas –como las coles–, semillas –como los guisantes–, raíces –como las zanahorias–, etc.) no ha de resultar particularmente extraño. En segundo lugar, es razonable atribuir a las autoridades legislativas la intención de usar la expresión ‘verdura’ como se usa en el lenguaje ordinario –este es el argumento del Tribunal– y, por lo tanto, es también razonable deferir a dicha intención legislativa. Aquí, por cierto, ni siquiera es preciso rechazar ni atemperar la teoría causal de la referencia puesto que ‘verdura’ no es un género natural,

³¹ En inglés, ‘vegetable’ es un término de la botánica, pero para referirse al reino vegetal y no para referirse al uso ordinario de ‘vegetable’.

sino una clase funcional que denota aproximadamente (con variaciones entre las culturas: para los alemanes las patatas -‘Kartoffeln’- no son verduras -‘Gemüse’-) aquellas partes de las plantas que no tienen un sabor dulce y que son comestibles.

El caso de los hongos es un poco más complejo, puesto que los hongos son incluidos por el Tribunal Supremo alemán entre las plantas, mientras la botánica rechaza dicha clasificación y hace de los hongos un *reino* diferenciado –viven sin luz, no practican la fotosíntesis, etc.-. Ahora bien, ¿podemos atribuir razonablemente al legislador alemán la intención de incluir los hongos alucinógenos entre las plantas alucinógenas? Creo que sí. Todos estamos todavía acostumbrados a considerar tres reinos en la naturaleza: el mineral, el vegetal y el animal y la verdad es que los hongos, que son seres vivos, pero que no pueden moverse autónomamente, se asemejan a los vegetales superficialmente. Con estos datos del contexto, no es implausible suponer que las autoridades legislativas usaban ‘plantas’ en un sentido algo diferente al de la botánica, un sentido que incluía a los hongos en su referencia. Algo que, por otra parte, era –como recuerda el Tribunal- fácilmente comprensible para los destinatarios de la norma.

6. Conclusión

Este artículo tiene un doble propósito:

i) Por un lado, mostrar el atractivo de abandonar, en la teoría de la interpretación jurídica, una concepción convencionalista del significado, con arreglo a la cual lo que las expresiones lingüísticas significan depende de las descripciones que los usuarios del lenguaje asociamos convencionalmente con ellas y sustituirla por una concepción que acomode la idea de que es la referencia la que determina el significado, la idea de que hay –como quería Aristóteles– propiedades *esenciales* de las cosas. Y, que por lo tanto, debemos adoptar o bien la teoría causal de la referencia o, mejor, alguna teoría híbrida como teoría del significado, también del significado de las expresiones en los textos jurídicos.

ii) Por otro lado, trata de bosquejar una primera respuesta a la objeción de que, a menudo, los términos de los textos jurídicos tienen un significado que depende del contexto y no es la mejor teoría científica de los referentes de dichos términos la vía más adecuada para atribuirles sentido. Trata de hacerlo mostrando que en aquellas ocasiones en que la intención concreta de las autoridades legislativas es suficientemente clara hay razo-

nes para deferir a ella y atribuir significado a dichas expresiones recuperando la intención que las concibió.

Por otro lado, el artículo bosqueja una concepción del significado que, aplicada a los términos morales, hace que el significado de estos términos viene determinado por su referencia: capturada por nuestra mejor teoría moral. Sin embargo, el desarrollo detallado de esta teoría del significado deberá aguardar a otra ocasión.

LA DOCTRINA JULIA ROBERTS Y LOS DESACUERDOS IRRECUSABLES*

José Juan MORESO

At any given moment judges, even those
of a supreme court, are parts of a system
the rules of which are determinate enough at
the centre to supply standards of correct
judicial decision.

H.L.A. Hart¹

1. Introducción

El problema que voy a presentar a continuación se produce con cualquier sistema de reglas que dispone de procedimientos y autoridades para establecer cuándo las reglas han sido vulneradas. Ocurre con las reglas de los juegos. Pensemos en el fútbol, en el mundial de 1986, en México, en uno de los encuentros de cuartos de final se enfrentaron Argentina e

* Las observaciones de Riccardo Guastini y Juan Ruiz Manero sirvieron no sólo para mejorar este trabajo sino también el ánimo con el que lo escribí. Les estoy muy agradecido por ambas cosas.

¹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2 ed. P. Bulloch and J. Raz eds., (Oxford: Oxford University Press, 1994), pág. 145.

Inglaterra y Argentina se impuso con dos goles de Maradona. Uno fue un gol maravilloso en la ejecución del cual Maradona dejó atrás medio equipo inglés, arrancando desde el centro del campo; pero ahora nos interesa el otro: un gol que, todos pudimos verlo en las imágenes de televisión, Maradona marcó con la mano y no con la cabeza. Conforme a las reglas del fútbol, una de las condiciones de validez de la jugada de *gol* en fútbol es que no sea impulsado con la mano, como es sabido en fútbol los jugadores de campo tienen prohibido, y además está sancionado, golpear el balón (voluntariamente) con la mano. Por lo tanto, con arreglo a las reglas del fútbol la jugada de Maradona no era un gol válido. Ahora bien, el fútbol también dispone de otras reglas, de carácter procedimental, que establecen que las decisiones del árbitro sobre la validez de las jugadas es definitiva y de obligatorio cumplimiento. Dado que el árbitro del encuentro de México 1986, señaló la jugada de Maradona como gol, entonces el tanto subió al marcador, Argentina se clasificó, llegó a la final y la ganó.

Tal vez podemos decir, con algo de pedantería, que hay dos nociones de *gol válido* en fútbol: según la primera, es un gol válido aquel conseguido sin vulnerar ninguna de las reglas del fútbol que regulan el juego; según la segunda, es un gol válido aquella jugada

que señala el árbitro como tal y sube al marcador.

Como puede apreciarse, estas dos nociones están en tensión: es posible que el árbitro señale como gol una jugada que no lo es, según las reglas del fútbol y es también posible que no señale como gol (que anule un gol, como suele decirse en fútbol) que lo es de acuerdo con las reglas del fútbol.

Mientras esto ocurra de modo esporádico y en casos poco claros (¿qué ocurriría si un árbitro señalara como gol un disparo que sale claramente por encima del larguero?), el juego se mantiene. Pero la divergencia entre la dimensión sustantiva y la dimensión procedimental de los sistemas de reglas que disponen de procedimientos para aplicarlas merece una explicación.

Nuestros sistemas de reglas son, en la terminología de John Rawls, casos de *justicia procesal imperfecta*: es decir, supuestos para los que disponemos de un criterio sustantivo de corrección para saber si hemos seguido o no las reglas, y procedimientos falibles para dicha determinación. El mismo Rawls pone como ejemplo los procesos penales: las normas del derecho penal establecen que deben ser castigados aquellos y sólo aquellos que realizaron, de manera no justificada y culpa-

ble, los comportamientos descritos por las normas; las normas del derecho procesal penal establecen los procedimientos para determinar si han tenido lugar o no dichos comportamientos. Es obvio, sin embargo, que un juez puede sentenciar que una persona cometió determinado comportamiento, el de matar a otro con alevosía, y en cambio no haber sucedido de dicho modo.²

Los teóricos del derecho han tratado estas cuestiones habitualmente como el problema de las normas y actos jurídicos irregulares. Como es sabido, Hans Kelsen trató de dar respuesta a esta cuestión señalando que el Derecho, como el rey Midas convirtiendo en oro todo lo que tocaba, transforma en válidas todas las normas y en válidos todos los actos que, de un modo u otro, regula.³ Y el debate

² John Rawls, *A Theory of Justice*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971), págs. 85-87 y John Rawls, *Political Liberalism*, (New York: Columbia University Press, 1993), págs. 72-73.

³ Véase, por ejemplo, Hans Kelsen, *Teoría Pura del derecho*, 2 ed. De 1960, trad. de R. Vernengo, (México: UNAM, 1979), pág. 279 en donde afirma: 'La Constitución faculta al legislador a producir normas jurídicas generales también en un procedimiento distinto del determinado directamente por las normas de la Constitución, dándoles otro contenido del que determinen directamente las normas constitucionales... Las disposiciones constitucionales que regulan la legislación tienen el carácter de disposiciones alternativas. La Constitución contiene una

al que ha dado lugar este enfoque ha sido extenso.⁴

regulación directa y una indirecta de la legislación teniendo el órgano legislativo la elección entre ambas'. Mucho más cercana la planteamiento de este trabajo era la posición del colega de Hans Kelsen, Adolf J. Merkel, del que puede verse, por ejemplo, 'Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts', *Juristische Blätter*, 46 (1918), 425-7, 444-7, 463-5. Una comparación entre Kelsen y Merkl al respecto en José Juan Moreso, 'Sobre normas inconstitucionales' en *Revista española de Derecho Constitucional*, 38 (1993): 81-116.

⁴ Desde el pionero trabajo de Roberto J. Vernengo, 'La función sistemática de la norma fundamental' en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, I-II (1960): 207-225. Vd. también, Carlos S. Nino, 'El concepto de validez y el problema del conflicto entre normas de diferente jerarquía en la teoría pura del Derecho' en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, (Buenos Aires: Astrea, 1976), págs. 131-144, J.W. Harris, 'Kelsen's Concept of Authority' en *Cambridge Law Journal*, 36 (1977): 353-363, Paul Amselek, 'Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique' en *Revue de Droit Public*, 94 (1978): 5-19, Albert Calsamiglia, *Kelsen y la ciencia jurídica*, (Barcelona: Ariel, 1978), Stanley L. Paulson, 'Material and Formal Authorisation in Kelsen's Pure Theory' en *Cambridge Law Journal*, 39 (1980): 172-193, G. Maher, 'Customs and Constitutions' en *Oxford Journal of Legal Studies* 1 (1981): 167-176, Ricardo A. Guibourg, *Derecho, sistema y realidad*, (Buenos Aires: Astrea, 1976), Inés Weyland, 'Idealism and Realism in Kelsen's Treatment of Norms Conflict' en Richard Tur, William Twining (eds.), *Essays on Kelsen* (Oxford: Oxford University Press, 1986), págs. 249-272, Juan Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990), José Juan Moreso, 'Sobre nor-

Creo ahora, como Celano mostró perspicuamente hace algunos pocos años, que dicho problema no tiene una solución *jurídica*.⁵ El Derecho puede, por ejemplo, establecer las condiciones para que un acto sea válido

mas inconstitucionales' en *Revista española de Derecho Constitucional*, 38 (1993): 81-116, Eugenio Bulygin, 'Cognition and Interpretation of Law' en Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, (Torino: Giappichelli, 1995), págs. 11-38, Carlos S. Nino, 'Marshall's 'Logic' and Kelsen's 'Problem' en Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, (Torino: Giappichelli, 1995), págs. 219-230, Sandro Nannini, 'Legal Validity and Conformity to Law' en Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, (Torino: Giappichelli, 1995), págs. 231-246, Juan Ruiz Manero 'On the Tacit Alternative Clause' en Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, (Torino: Giappichelli, 1995), págs. 247-256, Letizia Gianformaggio, 'Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause: A Paradox?' en Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, (Torino: Giappichelli, 1995), págs. 257-273, Paolo Comanducci, 'Kelsen e la clausola alternativa tacita' en Paolo Comanducci, *Assaggi di metaetica due* (Torino: Giappichelli, 1998), págs. 139-158.

⁵ Bruno Celano, 'Giustizia procedurale pura e teoria del diritto', en M. Basciu (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale, Quaderni della "Rivista internazionale di filosofia del diritto"*, n. 3, (Milano: Giuffrè, 2002)., págs. 101-142. Ahora también como Bruno Celano, *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009).

o sea aunque inválido, sólo anulable, o nulo o lo que fuere. Pero dichas condiciones habrán de ser verificadas mediante algún procedimiento también falible. Y, al final, que un determinado acto se tome o no como un acto susceptible de generar consecuencias jurídicas, dependerá de determinados hechos sociales de aceptación y rechazo en un determinado grupo humano.

Por lo tanto, lo que va a ocuparme aquí no es el lugar en el Derecho de las normas (leyes inconstitucionales, reglamentos ilegales, etc.) y actos (contratos y negocios jurídicos inexistentes, nulos, anulables, etc.) irregulares; sino, si queremos decirlo así, cómo la tensión a la que me referiría al inicio afecta a nuestra concepción de la naturaleza del derecho. ¿Nuestra imagen del Derecho es más nítida y fecunda si lo contemplamos como un conjunto de reglas dispuestas a ser aplicadas o, más bien, como un conjunto de procedimientos que establecen los derechos y los deberes de las personas de modo definitivo?

Además, el modo en que capturemos en nuestra teoría dicha tensión tendrá efectos en otras cuestiones, por ejemplo, en la cuestión de cuál sea el carácter de las discrepancias jurídicas. ¿Cuándo discutimos en España acerca de si los matrimonios entre personas del mismo sexo son o no constitucionales a qué

tipo de debate nos estamos refiriendo? Si es al contenido de las reglas, entonces tal vez podrá decirse que en la discrepancia una de las partes lleva la razón; ahora bien, si nos referimos únicamente a la solución que va a dar un Tribunal (en este caso, el Tribunal Constitucional) entonces tal vez se trata de lo que, en otro contexto, los filósofos han llamado, *faultless disagreements: desacuerdos irrecusables*.⁶

⁶ Los filósofos llaman *faultless disagreements* a aquellos desacuerdos (en cuestiones del gusto principalmente, pero también en cuestiones éticas, estéticas, epistémicas, etc.) en donde no es claro cómo ha de establecerse que una de las partes está en un error (una discrepancia acerca de si los caracoles están gustosos, por ejemplo). Vd. Crispin Wright, 'On Being a Quandary: Relativism, Vagueness, Logical Revisionism', *Mind* 110 (2001): 45-98; Max Kölbel, 'Faultless Disagreement', *Proceedings of the Aristotelian Society* 104 (2003): 53-73; John MacFarlane, 'Relativism and Disagreement', *Philosophical Studies*, 132 (2007): 17-31; Dan López de Sa, 'The Many Relativisms and the Questions of Disagreement', *International Journal of Philosophical Studies* 15 (2007): 269-279 y una aplicación a los desacuerdos en el Derecho en José Juan Moreso, 'Legal Positivism and Legal Disagreements', *Ratio Iuris*, 22 (2009): 62-73. Es Manuel García-Carpintero quien ha traducido *faultless disagreements* como *desacuerdos irrecusables*. La traducción hará fortuna seguramente (aunque a mi no acaba de gustarme, porque convierte una expresión ligera en inglés en una pesada en español), vd. Manuel García-Carpintero, 'Verdad relativa' en Daniel Quesada (ed.), *Cuestiones de teoría del conocimiento*, (Madrid: Tecnos, 2009), cap. VII.

2. La doctrina Julia Roberts

Sea lo que fuere de nuestras polémicas acerca de la naturaleza del derecho, parece que podemos aceptar que el derecho es un objeto transparente para nosotros, apto para ser conocido y que el objetivo del conocimiento jurídico consiste en la identificación de los deberes y derechos de los ciudadanos conforme a las pautas que integran el Derecho. En este sentido, el conocimiento jurídico se obtiene de enunciados como ‘Jurídicamente, todos los F tienen la obligación de pagar el impuesto T ’ o ‘Jurídicamente, x tiene el derecho a ser indemnizado por los daños D ’. Estos enunciados expresan *proposiciones normativas*. Las proposiciones normativas son los significados de los enunciados normativos, en el sentido en que se dice que dos enunciados normativos tienen el mismo significado, expresan la misma proposición. Las proposiciones normativas tienen una naturaleza descriptiva, son expresadas por enunciados que se refieren a la existencia de normas.⁷ En contraposición, las normas tienen una naturaleza prescriptiva, son los significados de los enunciados prescriptivos, de las formulaciones

⁷ Georg Henrik von Wright, ‘The Foundations of Norms and Normative Statements’, en G. H. Von Wright, *Practical Reason. Philosophical Papers. I.* (Oxford: Basil Blackwell, 1983), págs. 67-82.

normativas. Podemos denominar a las proposiciones normativas que se refieren a la existencia de normas jurídicas ‘proposiciones jurídicas’.

De hecho, hay muchos tipos de proposiciones normativas. En primer lugar, las proposiciones normativas pueden clasificarse según el tipo de normas a cuya existencia se refieren. Si, por ejemplo, una proposición normativa se refiere a la existencia de una norma moral, entonces podemos hablar de una proposición normativa moral. Con lo cual, las proposiciones normativas jurídicas constituyen sólo una clase de las proposiciones normativas. Más aún, entre las proposiciones jurídicas hay varias clases de proposiciones normativas. Me referiré a dos de ellas: proposiciones normativas puras y proposiciones normativas aplicadas. La distinción evoca la clasificación de Joseph Raz de los enunciados jurídicos en *puros* y *aplicados*.⁸ Las proposiciones normativas puras afirman que hay una norma *N* que regula una situación determinada *S*, así, ‘En la Constitución española, la pena de muerte está prohibida’. Las condiciones de verdad de las proposiciones normativas nos permiten decir que una determinada proposición normativa pura es verdadera si

⁸ Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, 2 ed., (Oxford: Oxford University Press), págs. 49, 218.

hay una norma con cierto contenido y es falsa si no existe esa norma con ese contenido preciso. Las proposiciones normativas aplicadas tienen otros hechos, aparte de la existencia de una norma, entre las condiciones suficientes para establecer su verdad, por ejemplo que la Constitución española conceda el derecho a votar a los ciudadanos mayores de dieciocho años y que yo soy un ciudadano mayor de dieciocho años es lo que permite afirmar que es verdadera la proposición normativa aplicada expresada por el enunciado 'José Juan Moreso tiene el derecho a votar en las elecciones generales'.

Pues bien, de este modo estamos en condiciones de establecer la tesis sustantiva de la aplicación del Derecho (la tesis que se halla contenida en las palabras de Hart con las que encabezo este trabajo) y que, por razones que pronto serán obvias, denominaré *la doctrina Julia Roberts*:

Al menos algunas veces hay una respuesta correcta a los casos jurídicos y, en dichos casos, los jueces deben aplicar el Derecho creado por los órganos legislativos. Por lo tanto, los jueces pueden equivocarse cuando deciden cuáles son los derechos y los deberes de los ciudadanos; o, en otras palabras, 'las proposiciones jurídicas singulares tienen un

valor de verdad previo a la decisión de los tribunales en dicho caso'.⁹

Conforme a la tesis sustantiva de la aplicación del derecho, el derecho no está absolutamente indeterminado. Un análisis de esta tesis requeriría ocuparse de muchas cuestiones controvertidas acerca de la interpretación del derecho, pero creo que puede aceptarse que ciertas proposiciones jurídicas puras son indiscutiblemente verdaderas, como la proposición que la Constitución española prohíbe la pena de muerte y determinados enunciados jurídicos aplicados, como 'X tiene el derecho a votar en las elecciones generales' expresan también proposiciones verdaderas. Su verdad no depende de las decisiones de los tribunales. En realidad, los tribunales mismos parecen aceptar esta tesis, por ejemplo en un caso relativamente reciente, *Lawrence v. Texas*,¹⁰ el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió anular *Bowers v. Hardwick*,¹¹ y revocar la sentencia de la Corte del Tribunal de Apelación del Distrito de Texas, al considerar que las imputaciones penales por relaciones sexuales entre adultos en el domicilio vulneran intereses fundamentales como la libertad

⁹ Michael Moore, 'Legal Reality: A Naturalist Approach to Legal Ontology', *Law and Philosophy*, 21 (2002): 619-705, en pág. 625.

¹⁰ 539 U.S. 558 (2003).

¹¹ 478 U.S. 186 (1986).

y la intimidación protegidas por la cláusula del debido proceso de la enmienda catorce de la Constitución americana. El Tribunal afirma: ‘*Bowers* was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent. *Bowers v. Hardwick* should be and now is overruled’.¹² Si se me permite una frivolidad, podríamos decir que *Julia Roberts tenía razón*, porque al comienzo de la película *El informe pelícano*, el personaje interpretado por la actriz Julia Roberts, una estudiante de Derecho, discute con su profesor de Derecho Constitucional acerca de *Bowers*, y arguye que la ley de Georgia que califica la sodomía como un delito penal era inconstitucional. El profesor replica: ‘Well, the Supreme Court disagree with you, miss Shaw. They found that the state did not violate the right of privacy. Now, why is that?’, y la estudiante contesta: ‘Because, they are wrong’.

Es decir, la tesis según la cual los jueces pueden equivocarse es aceptada por el Tribunal Supremo y puede, con razón, ser denominada la *doctrina Julia Roberts*.¹³

Sin embargo, nuestros sistemas jurídicos no son de tal modo que las cuestiones quedan

¹² *Supra* nota 11.

¹³ Sigo aquí las ideas que había expuesto en José Juan Moreso, *La Constitución: modelo para armar*, (Madrid: Marcial Pons), ensayo 9.

siempre abiertas y, entonces, como ocurre con las cuestiones teóricas, nunca se cierran definitivamente. Es más, como es sabido, la decisión de *Lawrence* anulando *Bowers*, no tiene consecuencias para *Bowers*. Es más, si ahora el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidiera que la pena de muerte, como castigo cruel, es una pena inconstitucional y dijera que los Tribunales que lo precedieron se habían equivocado, ello no haría dichas decisiones ilegales y a los que las ejecutaron culpables. Como Hart señala con agudeza,¹⁴ hay que distinguir la definitividad de las decisiones finales de los Tribunales (la doctrina de la *res iudicata*) y su infalibilidad, es decir, las decisiones firmes de los Tribunales son definitivas pero en ningún caso son infalibles.

Hart compara, como yo he hecho al inicio, las reglas del Derecho con las reglas de los juegos y arguye que aunque la afirmación de que un juez está equivocado carece de consecuencias para los derechos y los deberes de los ciudadanos, sirve para distinguir el juego del fútbol del juego de la discreción del árbitro. Del mismo modo, el Derecho no es una práctica de acuerdo con la cual 'es Derecho aquello que los jueces dicen que es',

¹⁴ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, supra nota 1, págs. 141-147.

aunque los jueces tengan, en algunos casos, la última palabra.

Hart también sostiene que es imposible disponer de reglas que remedien la vulneración de cualquier regla. Ahora bien, las imágenes del Derecho que rechazan la doctrina Julia Roberts, son imágenes distorsionadoras. Sin embargo, son imágenes atractivas para algunos teóricos del Derecho. Lo han sido históricamente para el realismo jurídico americano, para el realismo jurídico italiano y para el realismo jurídico francés.¹⁵ Recientemente, como un corolario de una discusión distinta, la tesis que rechaza la doctrina Julia Roberts, la tesis según la cual los derechos y deberes de los ciudadanos los adjudican, al final, los jueces y tribunales, ha vuelto al primer plano. Me ocuparé a continuación de ella.

¹⁵ Vd. respectivamente, por ejemplo, Brian Leiter, 'Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered', *Ethics* 111 (2001): 278-301; Riccardo Guastini, 'Lo scetticismo interpretativo revisitato', *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 36 (2006): 227-236 y Michel Troper, 'Une théorie réaliste de l'interprétation', en Olivier JOUANJEAN (ed.), *Dossier Théories réalistes du droit*, (Strasbourg: PU de Strasbourg, 2001), 51-78.

3. La doctrina del Obispo Hoadly (el alcance de las autoridades finales)

En los últimos años entre los autores iuspositivistas ha habido una discusión acerca de si las tesis definidoras del positivismo jurídico impedían o no la incorporación de pautas morales. Mientras el positivismo jurídico excluyente sostiene que la existencia y el contenido del derecho ha de identificarse a través de hechos sociales, sin recurrir a la argumentación moral; el positivismo incluyente sostiene que la existencia y el contenido del derecho puede, contingentemente, ser establecida mediante el recurso a la argumentación moral.¹⁶

¹⁶ Vd. para el positivismo jurídico excluyente.: Joseph Raz, *The Authority of Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1979), cap. 3; *Ethics in the Public Domain*, (Oxford: Oxford University Press, 1994), cap. 9 y 'Incorporation by Law', *Legal Theory* 10 (2004): 1-17. Vd. también, por ejemplo, Scott J. Shapiro: 'On Hart's Way Out', *Legal Theory*, 4 (1998): 469-508. Véase para el positivismo jurídico incluyente, W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press, 1994), Jules L. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatism Approach to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2001); mi propia defensa de este punto de vista en José Juan Moreso, (2001): 'In Defense of Inclusive Legal Positivism' en Pierluigi Chiassoni, *The Legal Ought*, (Torino: Giappichelli, 2001), págs. 37-63. También se adhirió a esta posición H.L.A. Hart en el 'Postscript' a *The Concept of Law*, supra en nota 1. Tal vez valga la pena

Pues bien, K. E. Himma que al principio defendió el positivismo jurídico incluyente¹⁷ ha cambiado su posición convencido de no haber tenido en cuenta anteriormente la importancia de las decisiones de las autoridades finales, en una serie de trabajos recientes.¹⁸

señalar que la defensa del positivismo jurídico excluyente de Raz que dicho muy rápidamente es parasitaria de su teoría de la autoridad y se funda en sostener que si el derecho incorporara pautas morales entonces no podría pretender autoridad, que es un rasgo esencial de su naturaleza es una defensa muy distinta de la que suele acontecer entre iuspositivistas españoles (e italianos), conforme a los cuales el positivismo incluyente es rechazable porque no habiendo pautas morales objetivas, la apelación a ellas por parte del derecho no alcanza a incorporar nada. Véase por todos, Eugenio Bulygin, *El positivismo jurídico* (México: Fontamara, 2006).

¹⁷ Kenneth Einar Himma, 'Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms', *Legal Theory*, 5 (1999): 415-434, 'Waluchow's Defense of Inclusive Positivism', *Legal Theory*, 5 (1999): 101-116 y 'H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis', *Legal Theory*, 6 (2000): 1-43.

¹⁸ Kenneth Einar Himma, 'Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States', *Journal of Law and Society*, 42 (2003): 149-218, 'Final Authority To Bind With Moral Mistakes: On The Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism', *Law and Philosophy*, 24 (2005): 1-45 y 'Understanding the Relationship Between The US Constitution and the Conventional Rule of Recognition', en M.D. Adler, K. E. Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, (Oxford: Oxford University Press, 2009), 95-121.

Dicho muy resumidamente el argumento de Himma es el siguiente: si el positivismo incluyente llevase la razón y dado que –esto no lo pone en duda el autor– la Constitución americana incorpora pautas morales, entonces el último criterio de validez jurídica en los Estados Unidos sería el siguiente:¹⁹

Formulación de la mejor interpretación objetiva: Una norma promulgada debidamente es jurídicamente válida si y sólo si se conforma con aquello que, como cuestión objetiva, es la mejor interpretación desde el punto de vista moral de las normas sustantivas de la Constitución.

Según Himma, este no puede ser el último criterio de validez jurídica en los Estados Unidos, porque las decisiones finales de la Corte Suprema, aún si no toman en cuenta la mejor interpretación desde el punto de vista moral, son las que tienen fuerza de obligar a todos los operadores jurídicos, al resto de Tribunales y a los miembros de la administración, y esta es una obviedad que conocen todos los familiarizados con el sistema jurídico de los Estados Unidos. Lo mismo sucede con los sistemas jurídicos europeos. Las deci-

¹⁹ Kenneth Einar Himma, 'Understanding the Relationship Between The US Constitution and the Conventional Rule of Recognition', *supra* nota 17, pág. 119.

siones finales de nuestros Tribunales Constitucionales tienen fuerza vinculante para todos los jueces y Tribunales y para todos los órganos de la Administración. Y las decisiones finales de nuestros Tribunales Supremos también, aunque de un modo diferente –como es obvio– al del sistema del *binding precedent* anglosajón.

Por esta razón, Himma sostiene que la anterior formulación (y otras muchos que ensaya en sus trabajos) deben ser abandonadas y sustituidas por la siguiente formulación del criterio último de validez:²⁰

Formulación de la mejor interpretación del Tribunal: Una norma promulgada debidamente es jurídicamente válida excepto si es declarada inconstitucional con arreglo a lo que la mayoría de los magistrados deciden que es, como una materia objetiva, la interpretación mejor desde el punto de vista moral de las normas sustantivas de la Constitución.

Vale la pena detenerse un momento en la formulación del criterio de validez que Himma nos propone. Hay dos rasgos sobresalientes en este criterio: en primer lugar, una norma puede ser jurídicamente válida aunque sea contraria a lo que la Constitución establece, si

²⁰ *Ibidem*, pág. 120.

el Tribunal Supremo no la declara inconstitucional; en segundo lugar, hay en los trabajos de Himma unas razonables restricciones de aceptabilidad: si la Corte Suprema de los Estados Unidos dijera que la ley de Texas que castiga penalmente el mantener relaciones sexuales entre varones es conforme a la Constitución, porque se lo jugaron a los dados y ganó esta opción, entonces esta no sería considerada una decisión dotada de autoridad. El alcance de la aceptabilidad es contingente y depende de cada cultura jurídica y política, pero sin duda hay restricciones a lo que los Tribunales pueden hacer (como las hay en relación con lo que un árbitro de fútbol puede hacer).²¹

Las observaciones de Himma son pertinentes y hay que tomarlas en cuenta, si bien –como trataré de mostrar– no son concluyentes. Lo primero que estas observaciones muestran es que la doctrina Julia Roberts debe ser compatible con la tesis procedimental de la aplicación del derecho, algo como:

Hay decisiones finales y últimas en el derecho que obligan a todos los operadores jurídicos, con independencia de su conformidad con las pautas previas. O sea, aún cuando

²¹ Vd. sobre este punto Michael Guidice, ‘The Regular Practice of Morality in Law’, *Ratio Iuris*, 21 (2008): 94-106.

se equivocan, las decisiones finales de los jueces y Tribunales son obligatorias.

Entonces parece que 'el Derecho es lo que los jueces dicen que es' y, por lo tanto, los jueces de hecho no pueden equivocarse. Podemos llamar a esta tesis, la doctrina obispo Hoadly por la frase que de él tomó John Chipman Gray, y que tantas veces repitieron (y discutieron) Kelsen y Hart:²²

Nay whoever hath an absolute authority to interpret any wirtten or spoken laws it is he who is the lawgiver to all intents and purposes and not the person who first wrote or spake them.

Ahora bien la doctrina Julia Roberts y la doctrina obispo Hoadly son incompatibles. Si la primera es verdadera, entonces los jueces pueden equivocarse y tiene sentido disentir antes de que decidan acerca de si alguien tiene o no determinado derecho. Si, por el contrario, la razón está de la parte de la doctrina obispo Hoadly entonces los jueces no pueden equivocarse puesto que son ellos los que establecen los deberes y derechos de los ciudadanos, y los desacuerdos previos son sólo desacuerdos irrecusables.

²² John Chipman Gray, *The Nature and Sources of Law*, (London: Macmillan), 2d ed., 1921, pág. 125.

Este tipo de problemas exhiben una estructura recurrente en filosofía. Oigamos como lo plantea, en un ámbito que nada tiene que ver con nuestro asunto, R. M. Chisholm:²³

Una clase de problema filosófico surge cuando tenemos un aparente conflicto de intuiciones. Si somos filósofos, intentaremos entonces mostrar que el aparente conflicto de intuiciones es únicamente un conflicto aparente, no real. Si fracasamos, puede que tengamos que decir que lo que tomamos por un conflicto aparente de intuiciones, de hecho era un conflicto de intuiciones aparentes, y entonces debemos decidir cuál de las intuiciones aparentes en conflicto es sólo una aparente intuición. Pero si triunfamos, entonces ambas intuiciones se preservarán. Puesto que era un conflicto aparente, hemos de concluir que la formulación de al menos una de las intuiciones era defectuosa.

Esto es, enfrentados ante estas dos doctrinas una tentación a la que algunos sucumben es abandonar una de ambas doctrinas. Pero yo, como Chisholm, prefiero intentar mostrar como, contra las apariencias, ambas doctrinas pueden hacerse compatibles. En mi opinión, también era esto lo que Hart pretendía con su distinción entre definitividad e infali-

²³ Roderick M. Chisholm, *On Metaphysics* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989), pág. 65.

bilidad de las decisiones. Y también esto, como voy a intentar mostrar, es lo que parecen pretender los que se han ocupado de esta cuestión.

4. Diversos sentidos de validez jurídica

En la teoría del derecho positivista, se distingue algunas veces entre dos sentidos de *validez*: validez como *pertenencia* y validez como *aplicabilidad*. Una norma es válida, en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico S, si y sólo si es identificada como miembro de S por los criterios de la regla de reconocimiento de S. Una norma es válida, en el sentido de que es aplicable a un caso, si y sólo si existe otra norma, que es un miembro de S, que autoriza u obliga a los órganos de aplicación de S a aplicarla a ese caso.²⁴ En el contexto de discusión entre positivismo

²⁴ Puede verse la distinción en estos términos en Eugenio Bulygin: 'Time and Validity'. In: A. A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, (Amsterdam: North Holland, 1982), págs. 65-82, José Juan Moreso, Pablo Navarro, 'Applicabilità ed Efficacia delle norme giuridiche' en Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (eds.), *Struttura e Dinamica dei sistemi giuridici*, Torino: Giappichelli, 1996, 15-36 y José Juan Moreso, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, trad. de Ruth Zimmerling, (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1998), págs. 105-115.

incluyente y excluyente, J.L. Coleman plantea así la cuestión:²⁵

Una estrategia importante se apoya en la distinción que Joseph Raz destaca entre validez jurídica y obligatoriedad para los encargados de aplicar el derecho. Todas las normas jurídicamente válidas son obligatorias para los aplicadores del derecho, pero no todas las pautas que son obligatorias para los jueces son jurídicamente válidas, en el sentido de ser parte del derecho de la comunidad. Las leyes extranjeras, las normas de los clubs sociales como otros sistemas normativos generalmente pueden ser obligatorios para los aplicadores en ciertos contextos jurisdiccionales, aunque no forman parte del derecho de la comunidad 'huésped'. Los jueces pueden estar autorizados, incluso obligados, por normas válidas a aplicar tales principios. No necesitan ser parte del derecho de la comunidad a la que los jueces pertenecen para ser requeridos a apelar a ellas en el contexto de

²⁵ Jules L. Coleman, 'Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis', *Legal Theory*, 4 (1998), 381-426, en págs. 404-405. El origen de la distinción en estos términos en Joseph Raz, *The Authority of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1979), págs. 101-102, 119-120. Vd., también W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, (Oxford: Oxford University Press, 1994), pág. 157, Scott J. Shapiro, 'On Hart's Way Out' en *Legal Theory*, 4 (1998): 469-508, en pág. 506 y Matthew Kramer, 'How Moral Principles Can Enter into the Law' en *Legal Theory*, 6 (2000), págs. 103-107.

un proceso particular. De este modo, no se sigue del hecho de que los jueces puedan algunas veces ser obligados por ciertos principios morales que dichos principios sean ellos mismos parte del derecho o jurídicamente válidos.

Dejando ahora aparte si este es un expediente adecuado para resolver la polémica entre positivismo incluyente o excluyente, si puede servir para darse cuenta de que una norma puede resultar válida, en el sentido de aplicable por los jueces y tribunales, aún sin pertenecer al Derecho.²⁶

De algún modo, una respuesta semejante a esta es la que dan a Himma algunos de sus recientes críticos, como Matthew H. Kramer,²⁷ Wil Waluchow,²⁸ y Kent Greenawalt.²⁹

²⁶ En José Juan Moreso, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, supra en nota 24, cap. III sostuve que las normas irregulares no son jurídicamente válidas, en el sentido de que no pertenecen al derecho; pero son aplicables, en el sentido que deben ser usadas para justificar las decisiones cuando han sido adoptadas por autoridades finales.

²⁷ Vd., Matthew H. Kramer, *Where Law and Morality Meet*, (Oxford: Oxford University Press, 2004), cap. 4 y 'Of Final Things. Morality as One of the Ultimate Determinants of Legal Validity', *Law and Philosophy*, 24 (2005): 47-97.

²⁸ Wil Waluchow, 'Four Concepts of Validity. Reflections on Inclusive and Exclusive Positivism', en M.D. Adler, K. E. Himma (eds.), *The Rule of Recognition*

Waluchow, por ejemplo, distingue hasta cuatro conceptos de validez, pero ello es así porque tienen en cuenta la validez moral. Si ahora obviamos esta complicación que afecta a sus tercero y cuarto sentidos de validez, su distinción es entre:³⁰

Validez jurídica como existencia (o aceptación): *R* es oficialmente aceptada y practicada en un sistema jurídico *SJ* como una norma que satisface completamente los criterios sistémicos de validez jurídica (a la vez basados en el origen y en el mérito) incluidos en la regla de reconocimiento de *SJ*.

Validez sistémica: *R* es oficialmente aceptada y practicada en un sistema jurídico *SJ* como una norma que satisface completamente los criterios sistémicos de validez jurídica (a la vez basados en el origen y en el mérito) incluidos en la regla de reconocimiento de *SJ*, y de hecho, como una cuestión objetiva, satisface tales criterios sistémicos de validez.

and the U.S. Constitution, (Oxford: Oxford University Press, 2009), 123-143.

²⁹ Kent Greenawalt, 'How to Understand the Rule of Recognition and the American Constitution' en M.D. Adler, K. E. Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, (Oxford: Oxford University Press, 2009), 145-173.

³⁰ Waluchow, 'Four Concepts of Validity. Reflections on Inclusive and Exclusive Positivism', *supra* nota 26, pág. 140.

Ahora bien, la noción de aplicabilidad explica cómo el sistema jurídico introduce un procedimiento mediante el cuál determinadas normas son aceptadas con independencia de su conformidad con otras normas superiores.³¹ También los jueces que se quedan en minoría en una decisión final de un Tribunal, comparten el criterio de que todos los demás órganos de su sistema jurídico deben comportarse cómo lo decide la mayoría, es decir de un modo contrario al derecho sustantivo, en su opinión. De este modo, lleva razón Kramer cuando sostiene que Himma ha ignorado la multiplicidad y el orden jerárquico de los criterios que integran la regla de reconocimiento.³²

Algunas veces se ha sugerido que los Tribunales finales tienen el poder, la competencia, jurídico de dictar decisiones contrarias al derecho, aunque tienen el deber de no hacerlo. En este sentido, su situación –se dice– se asemeja a la del ladrón que vende cosas robadas, si lo hace transfiere la propiedad a los compradores de buena fe, parece que tiene el poder jurídico para hacerlo; aunque si lo

³¹ Vd. la distinción de Guastini entre validez formal y validez material, por ejemplo, Riccardo Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, (Milano: Giufrè, 1993), pág. 50.

³² Matthew H. Kramer, *Where Law and Morality Meet*, supra nota 25, 103-109.

hace comete un delito y puede ser castigado por ello.³³

Esta es una conjetura que se halla en Dworkin referida al poder legislativo,³⁴ aunque Dworkin la rechaza como inadecuada:

La Constitución ha de interpretarse de modo que imponga un *deber* jurídico al Congreso de, por ejemplo, no aprobar leyes que restrinjan la libertad de expresión, pero no ha de interpretarse de manera que sustraiga el *poder* jurídico del Congreso de hacer válidamente una ley de ese tipo si infringe su deber. Desde este punto de vista, el Congreso se halla en la posición jurídica de un ladrón que tiene el deber jurídico de no vender bienes robados, pero conserva el poder jurídico de realizar una transmisión válida si lo hace. Esta interpretación tiene poco a su favor

³³ Para este caso esta es la posición de H. Kramer, *Where Law and Morality Meet*, supra nota 26, pág. 131. También lo es para el legislador que dicta leyes inconstitucionales, para el gobierno que dicta normas ilegales y para el juez que dicta sentencias *contra legem* según la posición que sostuvieron Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, (Barcelona: Ariel, 1996), págs. 94-95. Vd., mi crítica en José Juan Moreso, 'Come far combaciare i pezzi del diritto', *Analisi e Diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, P. Comanducci e R. Guastini (eds.), 7 (1997): 79-118. Ahora, como tendré ocasión de comentar, Atienza y Ruiz Manero han variado su posición.

³⁴ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (London. Duckworth, 1978), pág. 142 nota.

puesto que el Congreso, al contrario que el ladrón, no puede ser disciplinado más que negando la validez de sus actos incorrectos, por lo menos de una manera que ofrezca protección a los individuos a quienes la Constitución está destinada a proteger.

La razón que da Dworkin para rechazar esta posición me parece muy atinada. Guarda relación con la distinción de Hart entre sanción y nulidad,³⁵ mientras las reglas primarias (que imponen deberes) van contingentemente acompañadas de la sanción, las reglas secundarias (que confieren poderes) van conceptualmente unidas a la idea de nulidad, esto es, los actos realizados *ultra vires* carecen de validez, son nulos. Es más, cuando Hart se refiere a la noción de límites al poder legislativo en la obra de Bentham, le critica precisamente no haber distinguido entre aquellas leyes que el poder legislativo tiene prohibido emitir y aquellas que, si las promulga, no adquieren validez.³⁶ Esto es, los límites al Parlamento provienen del hecho que si los traspasa sus disposiciones son nulas (por ello suele decirse que las decisiones de los Tribunales constitucionales tienen valor declarati-

³⁵ H.L. A. Hart, *The Concept of Law*, supra nota 1, págs. 35-37.

³⁶ H.L.A. Hart, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, (Oxford: Oxford University Press, 1982), cap. IX, pág. 24.

vo). Si fuera de otra forma, entonces debería decirse que el Parlamento español tiene poder jurídico para promulgar normas penales que castiguen determinados delitos con la pena de muerte o que la Administración (la Junta de Gobierno de una Universidad, por ejemplo) puede sancionar con la pena de cárcel determinados comportamientos, aunque tienen prohibido realizar dichos actos.

Aunque (como digo en la nota 32) Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero sostuvieron esta posición en su obra *Las piezas del derecho*, ahora han cambiado su posición y sostienen una posición muy similar a la que aquí trato de vindicar. Imaginan que las Cortes Generales españolas aprobaran una ley que castigara, en tiempo de paz, algunos delitos de terrorismo con la pena de muerte. Y que recurrida la ley ante el Tribunal Constitucional este no la declarara inconstitucional. Entonces, afirman que esta situación revela que:³⁷

³⁷ Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, 'Seis acotaciones preliminares para una teoría jurídica de la validez', *Doxa* 26 (2003): 719-736, en pág. 728. Comparto plenamente esta afirmación y otras de este tenor que se hallan en este clarificador trabajo. Ahora bien, los autores sostienen también que, en el caso que nos ocupa, aunque la ley que castiga con la pena de muerte determinados delitos de terrorismo es inválida regulativamente, goza de validez constitutivamente. En mi opinión, este es sólo un residuo que queda en la nueva conceptualización

La posibilidad de una tensión de este género no puede quedar nunca excluida en un sistema cuyas normas supremas tengan un contenido distinto del puro conferimiento de poderes, y reclamen obediencia para las autoridades que ellas mismas instituyen.

Por todo ello, parece menor sacrificio de nuestras intuiciones sostener que tampoco los Tribunales finales tienen el poder jurídico de dictar sentencias *contra legem*, aunque del hecho de que lo hagan se deriven otras consecuencias jurídicas.

Y es importante darse cuenta de que una reconstrucción adecuada de la regla de reconocimiento de un sistema jurídico, debería contener los criterios que permiten identificar las reglas que pertenecen al sistema y también los criterios que convierten a determinadas decisiones en finales y, por lo tanto, en obligatorias para todos los órganos. Es más, si sobre lo primero puede haber un amplio espacio para el desacuerdo (en términos dworkinianos desacuerdos sobre los *grounds* del derecho)³⁸ sobre lo segundo el espacio

de Atienza y Ruiz Manero, de la vieja concepción. Creo que la distinción entre validez regulativa y validez constitutiva no está en condiciones de explicar los problemas de las normas irregulares.

³⁸ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), cap. 1.

para la discrepancia ha de ser necesariamente menor. Es por esta razón que algunas reglas procedimentales han de estar excluidas de la controversia jurídica. Quiénes son las autoridades finales y cuándo sus decisiones son obligatorias para todos debe formar parte de aquello en lo que estamos de acuerdo para que exista un sistema jurídico.³⁹

Ahora bien, es muy relevante darse cuenta de que si Himma llevara razón sería posible extender su posición más allá de la polémica entre positivismo incluyente y excluyente. En palabras de Kramer:⁴⁰ ‘Si la crítica de Himma de las concepciones incluyente e incorporacionista de la determinación del derecho fuera correcta, entonces una crítica paralela se aplicaría a cualquier proceso de aplicación del derecho’. Es importante darse cuenta de este punto, porque más allá de cómo conceptualizar el fenómeno en nuestra teoría

³⁹ Kent Greenawalt, ‘How to Understand the Rule of Recognition and the American Constitution’, *supra* nota 27, pág. 151, nos recuerda que en algunos casos también esto es puesto en duda: así cuando Lincoln desafía la validez constitucional de la decisión en *Dred Scott*. Y, de hecho, siempre queda la duda de si las decisiones finales no pueden ser desafiadas por nulidad en casos extremos. Pero es obvio que ningún sistema jurídico sobreviviría si todas las decisiones fuesen siempre aptas para ser revisadas.

⁴⁰ Matthew H. Kramer, *Where Law and Morality Meet*, *supra* nota 26, pág. 120.

jurídica, es necesario apreciar que este problema guarda relación con nuestra concepción del derecho. Una razonable concepción del derecho ha de ser capaz, según creo, de hacer lugar tanto a la doctrina Julia Roberts como a la doctrina Obispo Hoadly, en el sentido que el Derecho no es lo que los jueces dicen que es, pero que debe haber un consenso convencional suficiente que conceda fuerza de obligar a las decisiones finales de los jueces. Si dicho consenso desaparece, entonces estamos a las puertas de cambiar de sistema jurídico. Podemos estar en desacuerdo acerca de si la Constitución es compatible con el reconocimiento de diversas naciones en España, o sobre si permite la interrupción voluntaria del embarazo sin indicaciones o sobre si autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo y el sistema jurídico puede seguir disfrutando de una amplia estabilidad. Sin embargo, si estamos en desacuerdo acerca de que todos los operadores jurídicos están sujetos a lo que establezca el Tribunal Constitucional en sus sentencias, entonces la textura del derecho peligra, porque la frágil textura del derecho está hecha de procedimientos.

5. Los desacuerdos en el Derecho

Ahora tal vez podamos darnos cuenta de que una concepción que sólo respetara la doctrina del Obispo Hoadly no dejaría espacio

para las discrepancias en el derecho. Serían discrepancias o bien fingidas, hipócritas, o bien fruto de una concepción equivocada de las cosas.⁴¹

Sólo la doctrina Julia Roberts puede dar cuenta de los desacuerdos en el Derecho. Si los jueces pueden equivocarse, entonces hay, al menos en algunos casos, una respuesta a las discrepancias, y los desacuerdos son posibles.

Ahora bien, si nuestras discrepancias jurídicas pudieran versar sobre cualquier cosa, sería legítimo preguntarnos cómo es posible que el derecho rija nuestra conducta de un modo razonable. Ha de haber algunos elementos del derecho que expliquen esta estabilidad. La propia teoría de Hart al concebir el derecho como la unión de reglas primarias y secundarias tal vez nos puede ofrecer una pista de la línea a seguir.⁴²

⁴¹ Recientemente Brian Leiter ha tomado esta posición como respuesta a la literatura, procedente de Dworkin, acerca de los desacuerdos teóricos. Vd. Brian Leiter, 'Explaining Theoretical Disagreement, *University of Chicago Law Review* 76 (2009): 1215-1250. En donde contesta el trabajo de Scott J. Shapiro, 'The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed', en. A. Ripstein (ed.), *Ronald Dworkin* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 22-55.

No me parece razonable considerar que todo lo que el derecho requiere es controvertido y depende de consideraciones valorativas. Algunos aspectos de la práctica han de estar protegidos de esta controversia. En mi opinión -y expuesto de modo muy provisional- al menos el contenido de las reglas jurídicas de las siguientes clases ha de poder identificarse sin controversia ni recurso a valoraciones:⁴³

a) Las reglas que confieren poderes y las reglas de adjudicación en aquello que se refiere a la determinación de los órganos jurídicos y de los procedimientos.

b) Las resoluciones judiciales y administrativas que establecen las decisiones individuales.

c) Las reglas que establecen qué decisiones judiciales son definitivas y los procedimientos para hacerlas cumplir por el resto de órganos judiciales y administrativos.

⁴² Sigo aquí las ideas que había expuesto en José Juan Moreso, *La Constitución: modelo para armar*, (Madrid: Marcial Pons), ensayo 14.

⁴³ Obviamente que así se concede una parte de la razón a los positivistas exclusivos que sostienen que la existencia y el contenido del derecho se determina sin recurrir a la moralidad. Vd., recientemente, Joseph Raz, 'Incorporation by Law', *Legal Theory* 10 (2004): 1-17.

Los tres puntos merecen algún comentario. En relación con el primero, es obvio que las reglas que confieren poderes son controvertidas también por lo que refiere al contenido, a la competencia material, que suele estar limitada por disposiciones superiores ampliamente controvertidas: así el Parlamento limitado por las disposiciones constitucionales. Sin embargo, la determinación de quién sea el Parlamento o el Tribunal Constitucional puede determinarse sin recurrir a juicios de valor.⁴⁴

Las decisiones individuales que ponen fin a las controversias han de atribuir derechos y deberes de un modo claro. Una sentencia penal debe condenar a X por haber cometido el delito D, no puede condenar a X bajo la condición de que no estuviera amparado por una causa de justificación (lo que seguiría siendo controvertible).

Respecto del último punto es importante notar que, por ejemplo, aunque la sentencia del Tribunal Constitucional 89/2007⁴⁵ sobre la constitucionalidad de determinados artículos de los Acuerdos entre España y la Santa

⁴⁴ Es cierto que habría que hacer una precisión: los supuestos de abstención y recusación de jueces y magistrados puede conllevar discrepancias sobre cuestiones sustantivas.

⁴⁵ STC 89/2007, de 19 de abril de 2007.

Sede, en virtud de la cual no es inconstitucional que los profesores de religión contratados por la administración educativa pública puedan ver rescindido su contrato al no obtener el certificado de idoneidad de la autoridad eclesiástica por sus convicciones o acciones contrarias a la doctrina católica, es muy controvertida y destacados juristas opinan que no es acorde con la Constitución, nadie pone en duda que –dado que la decisión es, según el derecho español, definitiva– el Tribunal Superior de Canarias que planteó la cuestión de inconstitucionalidad, debe resolver el caso considerando los artículos de los Acuerdos como constitucionales. O, en un supuesto más relevante, la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió en *Bush v. Gore*⁴⁶ que la decisión del Tribunal Supremo de Florida que establecía la necesidad de recomtar los resultados de la elección presidencial en el Estado de Florida era inconstitucional y, de este modo, permitió que George Bush fuera proclamado Presidente. Fue una decisión muy controvertida y destacados juristas piensan que es equivocada,⁴⁷ pero nadie ha defendido, hasta donde yo sé, que Bush fue proclamado

⁴⁶ 531 US 98 (2000).

⁴⁷ Vd., por ejemplo, Ronald Dworkin (ed.) *A Badly Flawed Election. Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy* (New York. The New Press, 2002).

Presidente de los Estados Unidos de modo ilegal.

6. Conclusiones

La conclusión de este trabajo tiene un cierto aire de paradoja: los jueces pueden equivocarse, pero también han de ser obedecidos, con arreglo al derecho, cuando se equivocan. Esto es lo que parece concluirse de la aceptación de las doctrinas Julia Roberts y Obispo Hoadly. Ahora bien, el aire de paradoja tal vez comienza a desvanecerse cuando caemos en la cuenta de que esta es la situación de cualquier sistema de reglas con procedimientos para determinar su cumplimiento, de sistemas –como el derecho– de justicia procesal imperfecta. Entonces, tenemos pautas que guían el comportamiento de los destinatarios de las normas y de los encargados de hacerlas cumplir. Pero, inevitablemente, tenemos también procedimientos, de nuevo con reglas, que establecen qué decisiones han de ser seguidas en último caso. Dichas decisiones, para decirlo con H. L. A. Hart de nuevo, son definitivas pero no infalibles.

SOBRE LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO A TRAVÉS DE LA MORAL

Luis PRIETO SANCHÍS

(A propósito de "Tomates, hongos y significado jurídico", de José Juan Moreso)

1. La tesis de las fuentes sociales ante la creciente incorporación de la moral al Derecho

Suele decirse que del amplio legado positivista una de las tesis que mejor ha sabido defenderse es la llamada de las fuentes sociales del Derecho, hasta el punto de representar "una especie de acuerdo indisputado para todos aquellos que hacen teoría del Derecho de forma no extravagante"¹. Pero me parece que esta tesis puede ser entendida de dos formas o con dos intensidades distintas. La primera en el sentido de que el Derecho es un producto histórico y variable, que depende de

¹ M. Atienza y J. Ruiz Manero, "Dejemos atrás el positivismo jurídico", en *Para una teoría postpositivista del Derecho*, Palestra, Temis, Lima-Bogotá 2009 pág. 145.

la voluntad de los hombres y de sus prácticas sociales; dicho de modo negativo, que el orden jurídico no es una criatura que habite en el mundo celeste de la teología o de la metafísica, en suma, de las verdades eternas. Así entendida, efectivamente creo que pocos pondrían en duda la tesis de las fuentes sociales, ni siquiera Dworkin o los más convencidos neoconstitucionalistas.

Sin embargo, la tesis puede entenderse de forma algo más problemática, en el sentido de que el Derecho *está ahí fuera*, de manera que podemos identificarlo a través de ciertos hechos externos, como el acto de promulgación de las normas por una autoridad o la verificación de una cierta práctica social. Desde esta perspectiva, la identificación del Derecho sería una cuestión de hecho o, como dice Moreso, "la determinación del contenido del Derecho, de aquello que el Derecho requiere, depende únicamente de determinados hechos sociales, que pueden describirse sin recurrir a consideraciones valorativas"². En general, el positivismo tiende a sostener también este segundo sentido de la tesis de las fuentes. Incluso L. Ferrajoli, un positivista muy aten-

² J. J. Moreso, "Teoría del Derecho y neutralidad valorativa", *Doxa*, 31, 2008, pág. 188. El autor pretende describir la tesis de las fuentes sociales, no expresar su propia opinión sobre el particular.

to a las transformaciones operadas por el constitucionalismo y, por tanto, a la presencia de normas morales en la cúspide del sistema jurídico, hace girar su fundamental distinción entre vigencia y validez en torno a esta referencia a los hechos: "mientras las condiciones formales de la vigencia constituyen requisitos de *hecho*, las condiciones sustantivas de la validez...consisten normalmente en el respeto de valores"³.

Ciertamente, incluso en la etapa positivista, esta forma de entender la identificación de las normas como una mera cuestión de hecho no dejó de hacer algunas concesiones significativas, como fue el reconocimiento de una suerte de normas implícitas denominadas "principios generales del Derecho", que obviamente no son ley ni costumbre y que, por tanto, no *están ahí fuera*, sino que requieren emprender una tarea constructiva y valorativa. En realidad, bajo los llamados principios generales del Derecho no se esconde más que un llamamiento a la producción jurídica por vía de razonamiento o argumentación, suponiendo que se pueden obtener normas a partir

³ L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero, Trotta, Madrid, 1995, pág. 874. Matiza esta opinión en *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Laterza, Bari, 2007, vol. I, pág. 577, nota 23.

de normas⁴; suposición más que problemática para quienes mantengan una separación rigurosa entre voluntad y razón⁵. En cualquier caso, esto significa que, incluso en el marco de una cultura positivista, las fuentes del Derecho no son la ley, la costumbre y los principios generales, sino la ley, la costumbre y sus consecuencias interpretativas. Que esas consecuencias puedan presentarse en algún caso como consecuencias lógicas es una cuestión en la que no procede detenerse⁶, pero de todas maneras no parece que la hipótesis cause entusiasmo entre los juristas de filiación positivista⁷.

⁴ Vid. R. Guastini, "Produzione di norme a mezzo di norme. Un contributo all'analisi del ragionamento giuridico", en *Etica e Diritto. La via de la giustificazione razionale*, L. Gianformaggio y E. Lecaldano (eds.), Laterza, Bari, 1986, págs. 173 y ss.

⁵ Como advierte Kelsen, "una razón que crea normas es una razón que conoce y al mismo tiempo que quiere, es a la vez conocer y querer. Esta es la razón contradictoria de la *razón práctica*", "Justicia y Derecho natural", en H. Kelsen, N. Bobbio y otros, *Crítica del Derecho natural*, trad. de E. Díaz, Taurus, Madrid, 1966, pág. 119.

⁶ Me refiero a si, junto al criterio de legalidad, cabe hablar en el sistema jurídico de un criterio de deducibilidad en orden a establecer la pertenencia de las normas al ordenamiento, vid. R. Caracciolo, *El sistema jurídico. Problemas actuales*, C.E.C., Madrid, 1988, págs. 57 y ss; J. J. Moreso y P. E. Navarro, *Orden jurídico y sistema jurídico*, C.E.C., Madrid, 1993, págs. 37 y ss.

⁷ Por ejemplo, G. Tarello decía que "el argumento a partir de los principios es un esquema vacío, que sirve

Dejando a un lado los venerables principios generales, que la identificación de las normas sea fundamentalmente una cuestión de hecho no significa obviamente que su contenido haya de estar compuesto exclusivamente por condiciones empíricas, ni por tanto que su interpretación pueda reducirse a meras constataciones de hecho. La presencia de estándares morales ha sido una constante en toda experiencia jurídica: orden público, moral vigente, diligencia de un buen padre de familia, convivencia intolerable, penas crueles, etc. Por eso un positivista exclusivo como Raz distingue entre un razonamiento *acerca* del Derecho y un razonamiento *de acuerdo* con el Derecho: si el primero se dirige a la identificación del Derecho vigente a partir de la idea de autoridad y excluye el razonamiento moral, el segundo se desarrolla ya *a partir* del Derecho identificado y bien puede consistir en un razonamiento moral, estimulado o al menos permitido por el propio legislador⁸.

de vez en cuando para cubrir disparatadas operaciones", *L'Interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pág. 385. Otros testimonios en un sentido análogo tuve oportunidad de recoger en *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, C.E.C, Madrid, 1992, pág. 20.

⁸ Vid. J. Raz, *La ética en el ámbito público*, trad. de M. L. Melon, Gedisa, Barcelona, 2001, págs. 348 y ss. También E. Bulygin hace uso de una distinción muy parecida. Una proposición *acerca* del Derecho es descriptiva y, por tanto, susceptible de verdad o falsedad. En

Una cosa es determinar *cuáles* son las normas jurídicas y otra determinar *qué* dicen las normas y con ello determinar qué es lo que el Derecho requiere: si la primera tarea supone constatar ciertos hechos o prácticas sociales, la segunda exige emprender una interpretación a partir muchas veces de estándares morales.

Pero el constitucionalismo contemporáneo ha modificado profundamente la realidad de los sistemas jurídicos, al menos en dos sentidos. De un lado, la presencia de derechos fundamentales y de otros principios morales en la Constitución tiende a producir una saturación del sistema normativo, que deja de ser un artefacto defectuoso para convertirse en un universo completo capaz de ofrecer orientación de sentido para resolver cualquier problema práctico; allí donde por ejemplo se reconoce la dignidad humana o el libre desarrollo de la personalidad (art. 10,1 C.E.) cabe decir que, con independencia del eventual silencio de la ley, ninguna posible situación o conducta queda por completo indeterminada⁹.

cambio, una proposición *conforme* al Derecho bien puede estar indeterminada si se producen lagunas o antinomias en el sistema jurídico, "Sobre el problema de la objetividad del Derecho", en *Las razones de la producción del Derecho*, N. Cardinaux, L. Clérico y A. D'Auria (coords.), Universidad de Buenos Aires, 2006, págs. 39 y ss.

Esto es lo que suele llamarse efecto impregnación o irradiación¹⁰. Por otra parte, dichas pautas morales ya no sólo aparecen como delegaciones de la Constitución o de la ley para que el juez adopte decisiones incluso cuando el Derecho legal aparezca indeterminado, sino que se erigen en criterios *internos* para juzgar la pertenencia de las normas al ordenamiento. La existencia de Constituciones con plena fuerza normativa y dotadas de un denso contenido sustantivo o moral impide seguir concibiendo la identificación de las normas como una mera cuestión de hecho, pues la validez de las mismas descansa no sólo en el respeto a la condiciones formales de competencia y procedimiento, sino también en su adecuación a los principios y derechos fundamentales que representan otras tantas condiciones materiales. De manera que, por mantener la terminología de Raz, el razonamiento moral ya no aparece sólo en los discursos *de acuerdo* o *a partir* del Derecho, sino también en los discursos *acerca* del Derecho.

⁹ Razón por la cual R. Alexy no duda en sostener un derecho general de libertad, *Teoría general de los derechos fundamentales*, trad. de C. Bernal, CEPC, Madrid, 2007, págs. 299 y s. Hay una primera traducción de E. Garzón Valdés en la misma editorial, 1993, págs. 331 y ss.

¹⁰ Me permito remitir a mi *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, págs. 101 y ss.

Adviértase que con todo ello se incorporan a la Constitución contenidos que proceden directamente de la moralidad, algo que se expresa con sorprendente unanimidad: la moral "ya no flota sobre el Derecho... (sino que) emigra al interior" del mismo¹¹, de manera que "el conflicto entre Derecho y moral se desplaza al interior del Derecho positivo"¹². En pocas palabras, los problemas de justicia se han transformado en problemas de validez o identificación de las normas. Pero adviértase también que determinar el significado de esas pautas morales requiere emprender una tarea que forma parte de la filosofía práctica¹³. Este giro argumentativo resulta decisivo y supone abrir (cuando no disolver) el Derecho en una

¹¹ J. Habermas, "¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?", en *Estudios sobre moralidad y eticidad*, trad. de M. Jiménez Redondo, Paidós, Barcelona, 1981, pág. 168.

¹² R. Dreier, "Derecho y moral", en *Derecho y filosofía*, E. Garzón Valdés (comp.), Alfa, Barcelona, 1985, pág. 74. Más rotundamente, Zagrebelsky dice que "el Derecho por principios encuentra al Derecho natural", *El Derecho dúctil*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, pág. 116; Dworkin propugna la "fusión entre el Derecho constitucional y la teoría ética", *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 233; y, en fin, hasta Ferrajoli aprecia un acercamiento entre "legitimación interna o deber ser jurídico y legitimación externa o deber ser extrajurídico", *Derecho y razón*, cit., pág. 366.

¹³ Así concluye también J. J. Moreso, "Teoría del Derecho y neutralidad valorativa", cit., pág. 195.

racionalidad constructiva y discursiva que desempeña un papel tanto identificador como de justificación¹⁴ No es sorprendente por ello que el constitucionalismo haya estimulado el desarrollo de una poderosa teoría de la argumentación jurídica¹⁵, acaso el capítulo más descuidado por el positivismo y hacia el que se ha movido toda la teoría del Derecho contemporánea; una aportación que, a mi juicio, responde en parte también a una necesidad de legitimación, pues la suplantación del ciego sometiendo del juez a la ley por un ejercicio de aplicación de las cláusulas materiales de la Constitución parece que sólo es tolerable en la medida en que dicho ejercicio pueda exhibir una adecuada argumentación racional.

Conviene subrayar que el positivismo o una buena parte del mismo no encuentra ninguna dificultad en considerar la presencia de conceptos sustantivos o morales en la regla

¹⁴ Esta es una de las tesis centrales de lo que pudiéramos llamar el "neoconstitucionalismo profundo", defendido entre nosotros por A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, págs. 237 y ss.

¹⁵ Aunque el desarrollo de la teoría de la argumentación responde también a otros factores. Vid. sobre ello M. Atienza, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, págs. 15 y ss.

de reconocimiento llamada a identificar las normas del sistema, o a salvar su indeterminación; es decir, que la pertenencia de una norma ya no dependería únicamente del *hecho evidente* de su promulgación, sino de que su significado resulte conforme con los principios de justicia incorporados por el Derecho. Tan sólo un positivismo exclusivo o excluyente que sostenga que la validez o identificación de una norma no puede apelar *nunca*, o *necesariamente* no puede apelar, a la moralidad resultaría inadecuado para dar cuenta del modelo constitucionalista¹⁶. Pero, en realidad, esto es algo que tal vez ni el propio Kelsen aceptaría¹⁷, que desde luego no aceptaría Hart¹⁸ y menos aún quienes se adscriben

¹⁶ El principal representante de este positivismo sería J. Raz, vid., por ejemplo, *La ética en el ámbito de lo público*, cit., págs. 227 y ss.

¹⁷ La Constitución puede establecer no solamente los órganos del proceso legislativo, "sino también, hasta cierto grado, el contenido de futuras leyes. La Constitución puede determinar negativamente que las leyes no deben tener cierto contenido... Sin embargo, ésta puede también prescribir, en forma positiva, un cierto contenido para futuras leyes", H. Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado* (1944), trad. de E. García Máynez, UNAM, México, 1979, pág. 148.

¹⁸ Al menos desde el *Post scriptum al concepto de Derecho*, ed. de R. Tamayo y Salmorán, UNAM, México, 2000, pág. 51: "de acuerdo con mi teoría, la existencia y contenido del derecho puede ser identificado por referencia a las fuentes sociales...sin recurrir a la moral, excepto donde el derecho, así identificado, haya incorpo-

al llamado positivismo incluyente o incorporacionista¹⁹. Desde esta perspectiva, la validez de una norma no es que dependa *algunas veces* de su adecuación a principios sustantivos, sino que depende *siempre*; los hechos evidentes, por ejemplo que el Parlamento ha dictado una ley o que el juez ha pronunciado una sentencia nos sirven sólo para determinar, en terminología de Ferrajoli, la vigencia o la validez formal, no la validez plena o sustantiva²⁰. Y, por otra parte, esas pautas morales situadas en la Constitución tienden a eliminar toda posible laguna, pues allí donde no llega una regla legal siempre puede hacerlo un principio constitucional, abierto en su condición de aplicación o abierto en su consecuencia normativa²¹. En estas condiciones cabe decir que la identificación del Derecho ya no es en ningún caso una cuestión de hecho, sino que más bien lo que dice el Derecho depende de lo que dice la moral, concretamente aquella moral incorpo-

rado criterios morales para la identificación del derecho".

¹⁹ Entre nosotros, precisamente J. J. Moreso es uno de sus confesados cultivadores, "En defensa del positivismo jurídico inclusivo", *La Constitución: modelo para armar*, M. Pons, Madrid, 2009, págs. 183 y ss.

²⁰ L. Ferrajoli, *Principia Iuris*, cit., vol. I, pág. 568.

²¹ Aludo aquí a la distinción de M. Atienza y J. Ruiz Manero entre principios en sentido estricto y directrices, *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, págs. 1 y ss.

rada a la Constitución (y que, por cierto, en hipótesis puede ser cualquier moral).

2. La respuesta positivista

Ante este género de pautas morales en el seno del Derecho la ciencia jurídica tradicional no ofrece una respuesta uniforme, como por lo demás tampoco la ofrece ante los problemas interpretativos en general; al fin y al cabo, dotar de significado y concretar el alcance de esas pautas no deja de representar un aspecto, tal vez el más problemático, de toda teoría de la interpretación. Encontramos posiciones objetivistas, como la representada por Santi Romano, para quien, con independencia de lo huido o lábil que pueda ser un concepto incorporado al Derecho, la interpretación "se resuelve, no en un acto de voluntad, sino en un simple conocimiento del derecho vigente... la interpretación no es más que el reflejarse del derecho vigente en el intelecto de quien quiere conocer tal derecho, y este reflejarse en el intelecto es, o por lo menos debería ser, como el reflejarse en un espejo"²². Difícilmente podría expresarse mejor la idea de verdad como correspondencia. Sin embargo, con mayor o menor énfasis, el

²² S. Romano, *Fragments de un dictionnaire juridique* (1947), trad. de S. Sentis y M. Ayerra, Comares, Granada, 2002, págs. 146 y s.

positivismo se inclinó más bien a favor de la tesis de la discreción judicial, partiendo de la idea de que no tenemos a nuestro alcance procedimientos para dotar de objetividad a los estándares morales. Por ejemplo, un Kelsen todavía próximo al *Derecho libre* escribe que "la jurisdicción o acto de decir el Derecho no tiene el carácter simplemente declarativo que sugieren estos términos... La jurisdicción tiene, por el contrario, un carácter netamente constitutivo. Es un verdadero acto creador de Derecho"²³ Pero, dejando a un lado las posiciones realistas más extremas, me parece que la teoría del Derecho positivista se mueve hoy entre un escepticismo moderado, como el de la escuela genovesa, y una posición más ecléctica o intermedia que suele reconocer como punto de partida la obra de Hart.

Para Guastini, por ejemplo, la idea de indeterminación radical del Derecho no es sostenible porque, entre otras cosas, impediría distinguir entre expresiones con significado y expresiones carentes de todo significado: los enunciados jurídicos pueden resultar dudosos, pero tienen significado; lo que ocurre es que no tienen un solo significado, sino que encierran potencialmente una pluralidad de

²³ H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (1ª ed.), trad. de M. Nilve de la edición francesa de 1953, Eudeba, Buenos Aires, 13ª ed., 1975, pág. 151 y s.

interpretaciones. Interpretar es entonces *decidir* un significado entre varios. Este margen de decisionismo obedece no sólo a que algunas disposiciones resulten ambiguas y admitan interpretaciones alternativas, sino a otras dificultades que resultan mucho más frecuentes: la posibilidad, siempre controvertida, de obtener otras normas implícitas a partir de una o varias disposiciones (los principios generales del Derecho), el eventual carácter derrotable de las normas porque existan excepciones implícitas, su aplicación analógica, etc. En suma, "para el escepticismo es suficiente mostrar que el juez siempre tiene discrecionalidad porque siempre tiene posibilidad de elección entre una pluralidad de significados"²⁴; considerar que los tomates son verduras o frutos, o que los hongos son plantas o pertenecen a un reino propio, implica una decisión, no una constatación. Discrecionalidad que –conviene subrayarlo– no equivale a libre creación de Derecho o libre atribución de significado, sino a la posibilidad de elegir entre significados y también entre cursos de argumentación diferentes.

Si el escepticismo moderado se centra en la interpretación *en abstracto*, en la atribución

²⁴ R. Guastini, *L'Interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milano, 2004, págs. 49 y ss, en especial pág. 57.

de significado, las posiciones eclécticas atienden más bien a la interpretación *en concreto*. En este sentido y frente a la "pesadilla" de quienes conciben el Derecho como una realidad radicalmente inconsistente e incompleta y frente al "noble sueño" de aquellos que prefieren imaginar el ordenamiento como un sistema cerrado y seguro²⁵, Hart propone una solución intermedia. El lenguaje del Derecho presenta siempre una "textura abierta" donde es imposible eliminar la dualidad entre un núcleo de certeza y una zona de penumbra, lo que confiere a todas las normas un halo de vaguedad. Ello supone que existen "áreas de conducta en las que mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales... Aquí, en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas"²⁶. Lo decisivo, pues, no es (o no es sólo) que haya textos claros y textos oscuros (*in claris non fit interpretatio*), sino sobre todo que hay casos claros porque, de acuerdo con el significado

²⁵ Me refiero aquí a un conocido trabajo de Hart que quiere situarse entre la "pesadilla" del realismo y el "noble sueño" de Dworkin, "American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream", en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983, págs. 123 y ss.

²⁶ H. Hart, *El concepto de Derecho*, trad. de G. Carrió, Ed. Nacional, México, 1980, págs. 168 y s.

ordinario o técnico de las palabras, quedan comprendidos en el núcleo de certeza de la norma; y hay casos oscuros porque se mueven en la zona de penumbra, dando lugar a discrecionalidad; el suplicio de Damiens²⁷ es un caso claro de pena cruel; la sanción de multa o el arresto de fin de semana son casos claros de penas no crueles. Pero entre unos y otros hay un más o menos ancho campo de discusión que queda cubierto por la discrecionalidad del juez llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad de un cierto castigo.

El positivismo contemporáneo se enmarca en este esquema avanzado por Hart, a medio camino entre la objetividad y la indeterminación. De entrada, hay que decir que el positivismo jurídico no niega necesariamente la objetividad de los valores morales y, por tanto, tampoco de los valores recogidos por la Constitución, ni está comprometido con una metaética no cognoscitivista²⁸; lo que signifi-

²⁷ El suplicio de Damiens, condenado en 1757 por atentar contra la vida de Luis XV y que se prolongó durante horas, es minuciosamente narrado a partir de las Actas judiciales por M. Foucault, *Vigilar y castigar*, trad. de A. Garzón, Siglo XXI, Madrid, 1978, y págs. 11 y ss.

²⁸ Esto último lo recuerda P. Comanducci, "Derecho y moral", en *Hacia una teoría analítica del Derecho. Ensayos escogidos*, CEPC, Madrid, 2010, pág. 64. Tam-

ca entonces que la incorporación de valores morales no equivale siempre y en todo caso a un libre ejercicio de la discrecionalidad. Esta última, sin embargo, subsiste en los casos difíciles, cuando es preciso hacer una elección dentro de esa dimensión moral: "si no es claro lo que requiere una ley, según el positivista es claro que no logra requerir absolutamente nada, y por lo tanto, los jueces tienen discreción fuerte así sea que ellos o cualquier otro creen que la tienen o no"²⁹. Es más, el positivismo tiende a pensar que la presencia de conceptos morales no disminuye sino que incrementa la discrecionalidad, y esto no ya por razones metaéticas, sino fácticas³⁰. Tales conceptos –expone Coleman– son siempre controvertidos y ello sólo puede traducirse en un incremento de casos controvertidos, cuya solución reclama a su vez juicios discrecionales³¹.

bién J. Waldron, *Derechos y desacuerdos*, trad. de J. L. Martí y A. Quiroga, M. Pons, Madrid, 2005, pág. 198.

²⁹ W. Waluchow, *Positivismo jurídico incluyente*, trad. de M. S. Gil y R. Tesone, M. Pons, Madrid, 2007, pág. 237.

³⁰ Vid. P. Comanducci, "Principios jurídicos e indeterminación del Derecho", en *Hacia una teoría analítica del Derecho*, cit., pág. 89 y s.

³¹ Vid. J. Coleman, "Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory*. 4, 1998, pág. 410.

Tampoco las teorías de la argumentación jurídica, al menos en alguna de sus presentaciones más conocidas, se apartan de esta posición ecléctica que, sin abdicar del ideal de la objetividad no dejan también de reconocer una inevitable discreción interpretativa. Alexy, quien concibe la "única respuesta correcta (como) un fin al que hay que aspirar"³², excluye que unos principios objetivos puedan satisfacer esa finalidad o, más exactamente, "es imposible una teoría fuerte de los principios de forma que determine para cada caso una respuesta"³³. Ninguno de los procedimientos que pudieran invocarse para dotar de objetividad a las valoraciones resultan plenamente convincentes: ni las convicciones o consensos fácticos, jurídicos o no, ni las valoraciones que pudieran deducirse del sistema normativo, ni aquéllas que pudieran ba-

³² R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza e I. Espejo, CEC, Madrid, 1989, pág. 302. Los participantes en un discurso jurídico "deben presuponer la única respuesta correcta como idea regulativa. La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta", "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", trad. de M. Atienza, *Doxa*, 5, 1988, pág. 151.

³³ R. Alexy, "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", cit., pág. 148.

sarse en principios suprapositivos. "Al menos en las sociedades modernas, hay diferentes concepciones para casi todos los problemas prácticos. Los consensos fácticos son raros, al menos por lo que se refiere a cuestiones prácticas algo concretas. En el conjunto de un ordenamiento jurídico se pueden encontrar siempre valoraciones divergentes que pueden ponerse en relación, pero de manera distinta, con cada caso concreto... Los principios obtenidos de esta manera son además concretizables de modo diferente"³⁴. Falta, pues, un horizonte normativo objetivo y estable del que inferir en cada caso una única respuesta justa o correcta que excluya el ejercicio de la discrecionalidad; y acaso falta también un modelo argumentativo capaz de producir esa inferencia.

Si no me equivoco, Moreso se sitúa en una posición que, al igual que las que acaban de examinarse, también pudiera calificarse como intermedia o ecléctica. Al menos, creo que así puede desprenderse de su estudio sobre la interpretación de la Constitución, donde recurre a la imagen de la "Vigilia" para situarse igualmente a medio camino entre la pesadilla y el noble sueño. La Vigilia supone, por ejemplo, que "no existe un *mundo jurídico*

³⁴ R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., pág. 33 y s.

que trascienda nuestra capacidad de conocer el Derecho construido por los seres humanos, capaz de hacer verdaderas o falsas las proposiciones constitucionales"; y supone asimismo que "los *significados* no son entidades platónicas, con una existencia independiente de nuestros *usos* lingüísticos". Más concretamente, Vigilia sostiene una teoría de la interpretación basada en "la obviedad de que el lenguaje del derecho vive en el entramado de reglas, convenciones y prácticas que constituyen los lenguajes naturales". Pero, dado que ese entramado no es estable (textura abierta, ambigüedad), "los órganos de aplicación que deben justificar sus decisiones... tienen *discreción* a la hora de resolver los casos". En fin, para mayor claridad, Kelsen, Ross, Hart y Bulygin suscribirían este punto de vista, que además resulta ser compatible con las tesis positivistas de las fuentes sociales, de la separación entre Derecho y moral y de la discrecionalidad judicial³⁵.

3. Dworkin y el realismo moral

Ahora bien, esta teoría ecléctica o intermedia que sigue la senda de Hart y del positivis-

³⁵ J. J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, CEPC, Madrid, 1997, págs. 183 y ss. Los fragmentos entrecomillados pertenecen a las páginas 187, 218 y 221.

mo inclusivo y que se muestra dispuesta a mantener un cierto objetivismo interpretativo en los casos claros que componen el núcleo de certeza, pero que también está dispuesta a reconocer la irremediable discrecionalidad en los casos difíciles o dudosos que componen la zona de penumbra ¿es hoy la respuesta preferible para Moreso?, como aquí presumimos; o ¿tal vez era la respuesta preferible pero ha dejado de serlo? La pregunta me parece pertinente porque en su último trabajo (y quizás en alguno de los anteriores) Moreso comienza haciendo suyos algunos planteamientos de Dworkin, el protagonista del "noble sueño" que con su propuesta de unidad de respuesta correcta ha encarnado en estos años una de las críticas de mayor éxito al positivismo jurídico, para terminar sugiriendo una suerte de esencialismo metafísico de evocaciones iusnaturalistas al que por lo demás me parece que tampoco ha sido ajena la evolución de Dworkin. Comenzaré por este último.

La teoría del Derecho de Dworkin es fundamentalmente una teoría de la aplicación o de la adjudicación judicial cuyo propósito básico es criticar la tesis positivista de la discrecionalidad y sostener, por tanto, que incluso en el más difícil de los casos que pueda presentarse existe siempre una y sólo una respuesta correcta. En síntesis ésta sería su argumentación: ante un caso difícil, el juez

consulta el universo de la moralidad y de la filosofía política, de la que forma parte el propio Derecho, y encuentra un principio que ha de ser el que mejor explique o se adecue a la tradición del sistema institucional y, al mismo tiempo, el más fuerte desde el punto de vista ético, el que ofrezca una solución más justa³⁶. El juez Hércules, omnisciente y esclarecido, ha de desarrollar así la mejor y más coherente teoría que explique y justifique el Derecho explícito y, de modo particular, que integre y comprenda todas las exigencias que derivan del modelo de justicia en que descansa el sistema constitucional. Es verdad que en ocasiones los principios pueden entrar en conflicto, pero entonces "la coherencia requerirá un esquema de prioridad, peso o adaptación no arbitrario", en suma, una respuesta objetiva y racional³⁷. La apelación a conceptos morales, que para el positivismo representa la fuente principal de la discrecionalidad, para Dworkin se convierte en cambio en el fundamento de la unidad de solución justa; precisamente, el positivismo se equivoca al considerar que el Derecho es siempre un problema de hechos históricos y nunca depende de la moralidad.

³⁶ Vid. R. Dworkin, *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 1985, pág. 143.

³⁷ R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, trad. de C. Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988, pág. 193.

Una distinción que el propio Dworkin califica de crucial es la que establece entre los conceptos y las concepciones³⁸: los primeros hacen referencia a contenidos o proposiciones morales que no son objeto de discusión, mientras que las segundas representan una plasmación histórica o subjetiva de tales conceptos. "La diferencia no reside en el *detalle* de las instrucciones dadas, sino en el *tipo* de instrucción que se da: cuando se apela a un concepto se plantea un problema moral; cuando se formula una concepción de ese concepto se intenta resolverlo"³⁹. A veces, la Constitución incorpora preceptos bien delimitados, cuyo significado es siempre idéntico por aludir a una realidad determinada; son las llamadas concepciones que el legislador quiso hacer perdurar como decisiones básicas del sistema, por ejemplo, la prohibición de la pena de muerte. Sin embargo, con frecuencia los constituyentes no desearon que sus particulares puntos de vista sobre un concepto moral cristalizasen como concepciones fir-

³⁸ R. Dworkin, *Los derechos en serio*, cit., pág. 214. Aunque G. Rebuffa pone en duda su originalidad, "Costituzionalismo e giusnaturalismo: Ronald Dworkin e la reformulazione del Diritto naturale", en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol, X, 1, 1980, pág. 371.

³⁹ J. C. Bayón, "El debate sobre la interpretación constitucional en la reciente doctrina norteamericana", *Revista de las Cortes Generales*, 4, 1985, pág. 144.

mes, sino que de forma premeditada acuñaron términos "vagos"⁴⁰, referencias a estándares de conducta cuya concreción dependiese de las concepciones del momento. Así, cuando la Constitución consagra el "debido proceso" o proscribe las penas crueles no significa que hayamos de investigar qué casos consideró el primitivo legislador como vulneradores de esos principios, sino que hemos de reconstruir la teoría desde una visión actual⁴¹.

A primera vista, pudiera parecer que hemos abierto la puerta a una cierta indeterminación y con ello al ejercicio de alguna discrecionalidad. Los conceptos morales serían, como tales conceptos, incontrovertibles, pero admitirían una pluralidad de concepciones; todos los jueces estarían de acuerdo en que deben proscribirse las "penas o tratos inhumanos o degradantes" (art. 15 C.E.); pero cada uno de ellos, sobre todo a lo largo de cierto tiempo, podrá mantener concepciones dispares acerca de cuáles son esas

⁴⁰ Dworkin rechaza que los conceptos sean vagos. "Las cláusulas sólo son vagas si las consideramos como intentos chapuceros, incompletos o esquemáticos de enunciar determinadas concepciones. Si las tomamos como apelaciones a conceptos morales, no se las podría precisar más por mucho que se las detallara", *Los derechos en serio*, cit., pág. 216.

⁴¹ R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, cit., págs. 60 y ss., y 74 y ss.

penas, de manera que existiendo consenso en el *concepto*, no puede decirse que existe necesariamente en la *concepción*. El propio Dworkin da pie a esta interpretación cuando habla de "concepciones concurrentes" entre las que el juez deberá "decidir"⁴². Y algún comentarista parece aceptar esta sugerencia cuando compara la distinción dworkiana con la que formula Hart entre núcleo de certeza y zona de penumbra, entendiendo que en torno a los conceptos existe un consenso entre todos los miembros de la comunidad, pero que "del concepto de partida derivan muchas interpretaciones alternativas, cada una de las cuales representa una diversa concepción del mismo concepto"⁴³.

Sin embargo, no creo que ésta sea la mejor interpretación del pensamiento de Dworkin. Aunque es casi intuitivo pensar que en la interpretación de los *conceptos* existe un mayor margen de discrecionalidad, el autor norteamericano insiste en que sus principios están en condiciones de proporcionar la mejor respuesta; es decir, no sólo existe un concepto compartido de pena cruel, sino que también es posible encontrar la mejor *concepción* de ese concepto. Moralmente dos respuestas no pue-

⁴² R. Dworkin, *Los derechos en serio*, cit., pág. 216.

⁴³ C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, Giuffrè, Milano, 1990, pág. 185.

den tener la misma plausibilidad, sino que una debe ser siempre mejor que otra: tal vez esto no ocurra en la fase preinterpretativa, ni en la interpretativa, pero sí en la postinterpretativa, aquélla en que las normas identificadas de un modo coherente dentro del sistema deben someterse a una dimensión valorativa (*dimension of value*), deben mostrarse a su mejor luz⁴⁴. Como dice Pintore, las concepciones quieren representar un cierto espacio de libertad o voluntarismo en el esquema de Dworkin, pero es un espacio muy exiguo y angosto, porque cualquier pluralismo se ve mitigado ante la consideración de que es alcanzable la mejor concepción, el más correcto reflejo y elaboración del concepto⁴⁵. Como sabemos, el método consiste en fundir el Derecho constitucional con la teoría ética.

La particular relación que establece Dworkin entre el Derecho y la moral gravita de forma decisiva a la hora de enfocar el problema de la discrecionalidad. Los casos difíciles impedirían mantener la tesis de la unidad de solución correcta de no ser porque viene en nuestro auxilio una moral sustentada a su vez en una particular teoría ética; un

⁴⁴ Vid. R. Dworkin, *El imperio de la justicia*, cit., págs. 65 y ss.

⁴⁵ A. Pintore, *La teoria analitica dei concetti giuridici*, Jovene, Nápoles, 1990, pág. 171.

sistema vago y lagunoso como el Derecho parece convertirse merced a la moral en otro claro, completo y objetivo. Pero ello al precio de presumir una interna coherencia en el seno del propio sistema jurídico. Como se pregunta Guastini, "¿cabe pensar que una, y sólo una, doctrina política (que se supone internamente coherente) sea idónea para justificar todo principio y toda regla del sistema? ¿Es posible que haya una sola doctrina política, por muy general, capaz de ofrecer justificación sea a una regla, sea a otra regla antinómica con aquélla? Ello debe excluirse en línea de principio: por razones lógicas y no sólo por dificultades prácticas"⁴⁶. Las mismas preguntas desde otra perspectiva: "¿qué ocurre si hay dos Hércules J.? Ambos son ciertamente seres racionales, pero ¿son capaces de resolver genuinos problemas axiológicos?". La conclusión de Aarnio es que "dos o más Hércules J. *pueden* alcanzar varias respuestas no equivalentes pero igualmente bien fundadas"⁴⁷. La tesis de Dworkin se basa en "la suposición de valores absolutos", pero este "es un punto de partida muy fuerte. Si uno no acepta este tipo de teoría de los valores, toda

⁴⁶ R. Guastini, "Soluzioni dubbie. Lacune e interpretazione secondo Dworkin", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XII, 2, 1983, pág. 455.

⁴⁷ A. Aarnio, "La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico", *Doxa*, 8, 1990, pág. 32.

la teoría de una única respuesta correcta pierde su base. La mejor teoría posible es sólo un postulado filosófico injustificable"⁴⁸.

Creo que estas son preguntas de difícil respuesta sin una apertura de la teoría del Derecho a una particular metafísica, y así parece entenderlo también últimamente Dworkin. En una obra muy posterior a las recién citadas, reconoce abiertamente que la objetividad del sofisticado razonamiento jurídico que nos propone y la tesis de la unidad de respuesta correcta reposan irremediablemente en la objetividad de la moral. Bajo la significativa rúbrica de "Metafísica" y tras criticar a quienes suponen que nuestros conceptos morales son creaciones lingüísticas, "que la verdad objetiva en la moral política no está *ahí fuera* en el universo para que los abogados, jueces y cualquier otro pueda descubrirla", añade: "Pero si la verdad moral objetiva no existe, tampoco hay ninguna tesis interpretativa que pueda ser realmente superior en los casos verdaderamente difíciles...Y sobre esta base no podemos sostener un enfoque teórico de la aplicación judicial del Derecho"⁴⁹. Si he entendido bien, esto va más allá

⁴⁸ A. Aarnio, *Lo racional como razonable*, trad. de E. Garzón Valdés, CEC, Madrid 1991, pág. 217.

⁴⁹ R. Dworkin, *La justicia con toga*, trad. de M. Iglesias e I. Ortiz de Urbina, M. Pons, Madrid, 2007,

de un objetivismo metafísico que simplemente suponga que las proposiciones jurídicas son susceptibles de verdad o falsedad, para abrazar un realismo moral que implica la existencia de una realidad objetiva *ahí fuera*, en el universo, ontológicamente independiente de nuestro conocimiento⁵⁰.

En varios de sus trabajos, Moreso no parece llegar tan lejos, ni considerar que los hechos morales forman parte de la fábrica del universo, pero sí aboga a favor de un objetivismo moral: "es posible rechazar el realismo moral, negando la existencia de propiedades morales en el mundo" y sin embargo no asumir posiciones no cognoscitivistas; pues "la objetividad moral es compatible con un amplio abanico de posiciones filosóficas sustantivas". Si la identificación del Derecho depende de la moral incorporada a la Constitución, entonces alguna objetividad moral es necesaria para delimitar lo que el Derecho requiere. Y, al parecer, esa objetividad está presente en los conceptos morales densos, como el de pena cruel o trato degradante: "su contenido descriptivo tiene

pág. 73. Creo que aquí se ha producido un cambio significativo respecto de lo expresado en *El imperio de la justicia*, cit., págs. 67 y ss.

⁵⁰ Vid. E. Bulygin, "Sobre el problema de la objetividad del Derecho", cit, pág. 40.

condiciones de verdad y lleva aparejada la dimensión prescriptiva". De ahí que "la aplicación de las disposiciones constitucionales que contienen predicados morales no es *siempre* discrecional"⁵¹. Pero que lo sea o no ¿de qué depende?

En otro artículo Moreso insiste en la que pudiéramos llamar dimensión pragmática del objetivismo moral: "solamente garantizando un espacio para la objetividad podemos asegurar un lugar estable a los derechos en nuestro diseño institucional". Ciertamente, es posible que el concepto propuesto de derechos humanos incorpore rasgos no universales o propios de nuestra cultura, "pero no veo que estas sean razones para perder nuestra confianza razonable en la objetividad de la moral". Del mismo modo, aunque la teoría moral ideal presente un margen de indeterminación o vaguedad, ello tampoco excluye un amplio espacio para la objetividad moral, aunque de aquí también se deduce un cierto espacio donde la objetividad moral no es sostenible. Sin embargo, nuestro autor termina también apelando a una teoría de la argumentación moral, lo que se me antoja, si no contradictorio, sí algo decepcionante desde la perspectiva objetivista: "todo lo que la obje-

⁵¹ J. J. Moreso, "En defensa del positivismo jurídico incluyente", cit., págs. 188 y ss.

tividad requiere es el reconocimiento de que estamos construyendo en alta mar la *misma* nave"⁵². Pero esa construcción cooperativa, ¿parte de una objetividad previa o es el medio para alcanzarla?

Moreso dice que su estrategia está cercana al constructivismo moral⁵³ y esto a mi juicio plantea alguna duda porque si reconocemos que la ética es algo que construimos entre todos discursivamente, entonces se hace difícil postular criterios objetivos o independientes del resultado del procedimiento. Dicho de otro modo, tal vez el constructivismo no sea necesariamente incompatible con el objetivismo, pero si hay verdades objetivas al margen del procedimiento, éste deviene superfluo. El constructivismo, que por cierto está en la base de una teoría sofisticada de la argumentación jurídica, huye del descriptivismo tanto naturalista como no naturalista⁵⁴ y sostiene que "fuera del procedi-

⁵² J. J. Moreso, "El reino de los derechos y la objetividad de la moral", en *La Constitución: modelo para armar*, cit., págs. 84 y ss. He utilizado la versión disponible en la página de la Asociación argentina de filosofía del Derecho (<http://www.aadf.org.ar/archivos/16>) , que cuenta con un Postscript.

⁵³ *Ibidem*, pág. 91.

⁵⁴ Aunque para C. S. Nino tiene el atractivo de recoger aspectos convincentes de las distintas propuestas, *El constructivismo ético*, CEC, Madrid, 1989, pág. 70.

miento de construir los principios de justicia, no hay hechos morales"; es más, sostiene que "la idea de aproximarse a la verdad moral no tiene lugar alguno en una doctrina constructivista: las partes en la posición original no reconocen ningún principio de justicia como verdadero o correcto y por ello como previamente dado; su meta es simplemente seleccionar la concepción que para ellos es más racional, dadas sus circunstancias. Esta concepción no se concibe como una aproximación operativa a los hechos morales: no hay tales hechos a los que los principios adoptados pudieran aproximarse"⁵⁵. Si, como ha insistido Rawls, el pluralismo ha de ser asumido en el discurso moral y político, acaso el constructivismo sería el mejor camino para alcanzar, *al final*, juicios morales con pretensiones de objetividad⁵⁶. ¿Este es el camino emprendido por Moreso en su último artículo?

4. Moreso y la teoría híbrida. Algunas dudas

Dice Waldron que los realistas morales probablemente se sentirán mucho más cómo-

⁵⁵ J. Rawls, "El constructivismo kantiano en la teoría moral", en *Justicia como equidad*, ed. de M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1999, págs. 213 y 254 y s.

⁵⁶ Insiste en ello A. García Figueroa, *Criaturas de la moralidad*, cit., págs. 34 y ss.

dos que los antirrealistas al permitir que los jueces tomen decisiones morales⁵⁷. Si no me equivoco, también lo piensa Moreso, acometiendo una empresa que conduce a una importante conclusión⁵⁸: abandonar una concepción convencionalista del significado, con arreglo a la cual lo que las palabras significan depende de la descripción que los usuarios del lenguaje asociamos convencionalmente a ellas y sustituirla por una concepción que acomode la idea de que es la referencia lo que determina el significado, la idea de que hay propiedades *esenciales* de las cosas. Para ello, es preciso comprometerse con la teoría causal de la referencia a partir de los planteamientos de Kripke y Putnam, una teoría que es compatible con el realismo moral y que ofrece un modo especialmente perspicuo de sostener la vinculación entre el Derecho y la moralidad. De este modo, en fin, el significado de nuestras "penas crueles" no vendría dado por las descripciones que los hablantes asociamos al término, sino por la mejor teoría o *teoría verdadera* de la crueldad, aquélla que es capaz de captar las propiedades adecuadas. Tratar "cruel" como un género natural supone

⁵⁷ J. Waldron, *Derecho y desacuerdos*, cit., pág. 302.

⁵⁸ A partir de aquí y en los siguientes párrafos intento hacer una reconstrucción fiel, a veces literal, de "Tomates, hongos y significado jurídico".

que hay algo en la realidad independiente de nosotros que hace los comportamientos crueles.

Según esta perspectiva, que pretende dar cuenta de los desacuerdos genuinos entre los juristas, de los desacuerdos interpretativos, existiría algo así como un significado objetivo de los términos empleados en el Derecho, un significado que nos vendría dado por la mejor teoría o teoría verdadera, la que nos proporciona las propiedades adecuadas. Sus ejemplos pertenecen a cuatro reinos distintos: el vegetal (los tomates), el reino independiente de los hongos, el animal (las ballenas) y el moral (la crueldad). En relación con cada uno de ellos existiría una "mejor teoría", la que nos proporciona el lenguaje experto de la botánica, de la zoología y de la ética. Dejando a un lado momentáneamente este último, resulta que de acuerdo con esas mejores teorías los tomates no son verduras sino frutos, los hongos no son plantas sino hongos, y las ballenas no son peces sino mamíferos.

Supuesto que el legislador haga uso de algunas de esas expresiones –para imponer un impuesto sobre el comercio de verduras, prohibir las plantas alucinógenas o limitar la pesca de peces- a Moreso y a los tribunales que en algún caso tuvieron que pronunciarse les parece insatisfactorio el resultado al que

conduce la mejor teoría: pese a lo que dice la botánica, los tomates forman parte del reino de las verduras y los hongos son plantas, y pese a lo que dice la zoología las ballenas son (o deben ser tratadas) como peces. No parece que el legislador tuviera presente el significado experto de la mejor teoría, sino el ordinario. Así que es preciso atemperar la teoría causal de la referencia y promover un modelo híbrido donde algún elemento causal sea combinado con algún elemento referido a las descripciones que los hablantes asocian con el término. La conclusión es que el significado es un vector resultante no sólo de los elementos semánticos, sino también de elementos pragmáticos; un vector que depende de la posición del término en una red semántica, en conexión con otros términos y en un contexto determinado. Si he entendido bien, esta teoría híbrida vendría a ser una combinación entre la teoría causal del significado y las descripciones que los legisladores asociaban al término en cuestión o, si se quiere en términos más familiares aunque no sé si equivalentes, entre la interpretación literal y la interpretación intencionalista.

Pero entonces necesitamos contar con un argumento que nos oriente acerca de cuándo hemos de usar la teoría causal y cuándo podemos abandonarla y recurrir a las descripciones que las autoridades asociaban a deter-

minadas expresiones. Este argumento nos lo suministra la distinción dworkiana entre el originalismo semántico y el originalismo político o de la expectativa, que por cierto me recuerda a la distinción ya comentada entre concepciones y conceptos: en el primer caso, en el originalismo semántico, si los legisladores usaron expresiones "concretas y fechadas", esto resulta decisivo y entonces el texto debe interpretarse de ese modo, esto es, de acuerdo con las descripciones que aquéllos asociaban a las palabras; en el segundo caso, si expresaron, no lo que concretamente deseaban, sino aquello que esperaban conseguir al decir lo que dijeron, entonces no les debemos deferencia respecto a los resultados que ellos esperaban alcanzar con esta regulación. Por ejemplo, la proscripción de la crueldad no es "concreta y fechada", sino que con ella los constituyentes quisieron sentar un "principio abstracto"; el intérprete haría mal preguntándose qué descripciones asociaban aquéllos a la crueldad o qué descripciones asocia hoy la opinión pública; lo que se le pide es un juicio moral que conteste a la pregunta "¿qué es *realmente* cruel?"⁵⁹. Luego cuando interpretamos estos principios abstractos de acuerdo con el originalismo de la expectativa recobra toda su virtualidad la teoría causal y hemos de

⁵⁹ R. Dworkin, *La justicia con toga*, cit., pág. 140 (énfasis nuestro).

indagar en la mejor teoría. Hasta aquí lo que dicen Moreso y Dworkin, no sé si expresado por mi parte en la "mejor teoría".

Comenzaré con una observación de menor importancia teórica: no estoy de acuerdo ni con Moreso ni con el Tribunal Supremo alemán en el asunto de los hongos. La interpretación jurídica no está gobernada sólo por el propósito de atribuir el más natural o razonable significado a las palabras, sino que sobre ella se proyectan, de forma externa cabe decir, principios políticos de orden garantista que constriñen el modo de interpretar y lo que puede ser decidido. Así, del mismo modo que en la averiguación de la verdad procesal el juzgador no puede recurrir a cualquier procedimiento por eficaz que lo considere —como puede (o podía) hacer el científico en su laboratorio con los cobayas— en la interpretación de las normas penales existen algunos límites; por ejemplo, que las leyes penales no pueden aplicarse analógicamente ni a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas (arts. 4,2 del Código civil y 4,1 del Código penal). En este sentido, si contamos con dos lenguajes para definir la palabra "hongos" y uno de ellos nos procura un ámbito de aplicación más limitado o restringido —el lenguaje experto en este caso— éste es el que debe preferirse. A mi juicio, y visto cómo se legisla incluso en materia penal, si hubié-

semos de atender a las descripciones que los legisladores asocian a los términos que emplean bien podríamos llegar a la apoteosis punitiva (si es que no hemos llegado ya en algunos sectores "sensibles").

La segunda duda es también de menor cuantía. En los ejemplos comentados, la opción se planteaba entre el lenguaje ordinario – el presumiblemente usado por el legislador – y lenguajes expertos de carácter científico, como la botánica o la zoología. Sin embargo, cabe pensar que en ocasiones el lenguaje experto sea el propio lenguaje legislativo, como ocurre cuando existen definiciones legales que son estipulaciones de significado. Por ejemplo, el Diccionario define la extorsión como la "acción y efecto de usurpar y arrebatar por fuerza una cosa a uno" y, en un sentido figurado y más amplio, como "cualquier daño o perjuicio". El art. 243 del Código Penal, en cambio, bajo la rúbrica "De la extorsión", castiga a quien, "con ánimo de lucro, obligare a otro, con violencia o intimidación, a realizar u omitir un acto o negocio jurídico". Aquí la teoría causal de la referencia (la mejor teoría) y la deferencia a las intenciones del legislador parecen coincidir: siempre que veamos en una ley la palabra extorsión debemos atribuirle el significado que se desprende del citado art. 243, no la avalada por el Diccionario. Pero todo parece indicar que existe un tercer signi-

ficado de extorsión, el vulgar de "chantaje", consistente en exigir la entrega "de dinero u otro provecho bajo la amenaza de revelar un secreto cuya divulgación perjudicaría gravemente a la víctima"⁶⁰. Pues bien, dado que el legislador no siempre es uniforme y estable en el uso del lenguaje, sucede que en alguna ocasión parece haber usado la palabra extorsión en este último sentido⁶¹, traicionando así las que eran sus intenciones expresadas en un lenguaje creado por él mismo. Mi duda es entonces cómo resolver este laberinto de lenguajes y de intenciones: ¿hemos de aceptar dos significados distintos para la *misma* palabra dentro del *mismo* Derecho penal?, ¿cuántas intenciones legislativas existen?, ¿nuestra deferencia al legislador puede llegar al punto de abandonar el lenguaje especializado de sus propias definiciones? En verdad, esto no es una objeción a Moreso, sino al legislador, pero me gustaría conocer el enfoque más adecuado desde la teoría híbrida.

Tercera observación. La teoría híbrida pretende ser un compromiso entre la teoría causal

⁶⁰ Vid. J. M. Rodríguez Devesa, voz "Chantaje", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, Barcelona, 1954, págs. 181 y ss.

⁶¹ Así, en una de las incontables leyes antiterroristas, la L. O. 9/1984. Vid. C. Lamarca, *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pág. 273.

de la referencia y las descripciones que los hablantes asocian a las palabras, entre elementos semánticos y pragmáticos; lo que significa que la teoría híbrida no es ajena a una concepción convencionalista, que justamente sirve para atemperar las consecuencias de una teoría causal. Mi pregunta es ¿por qué las descripciones asociadas han de ser las de los legisladores y no las de los sujetos llamados a cumplir las normas? Para decirlo en términos más jurídicos, ¿por qué hemos de dar preferencia al argumento histórico-psicológico que prima la voluntad del legislador sobre el argumento sociológico atento a la "realidad social del tiempo" (art. 3.1 del Código civil) en que han de ser aplicadas las normas? El Derecho puede ser visto desde el lado de las autoridades que producen las normas y concebir así la mejor interpretación como una empresa de búsqueda de la voluntad o de las intenciones que guiaron a aquéllas. Pero el Derecho puede ser visto también desde el lado de los destinatarios que se sienten seguros ajustando su comportamiento a lo que dicen las normas (a lo que piensan que dicen) y entonces la mejor interpretación es, a mi juicio, la que indaga en los significados que tienen las palabras según las convenciones lingüísticas vigentes en la comunidad. Pensemos en un concepto moral ligero, como el de orden público, que está protegido por el Código Penal; admitamos también que los co-

rrespondientes tipos delictivos hubiesen sido redactados en 1944, en el ambiente cultural de los primeros años de la Dictadura, y que no hubiesen cambiado desde entonces. ¿Sería razonable que los jueces tuviesen más en cuenta las descripciones asociadas por el legislador de 1944 al concepto de "orden público" que las convenciones hoy vigentes? En este caso ni siquiera sería muy razonable que el juez emprendiera la tarea hercúlea y solipsista de proporcionar la "mejor teoría" moral sobre el orden público y que arrojará resultados distintos de los que ofrece el significado convencional, con toda la vaguedad que se quiera.

En realidad, creo que esta deferencia hacia el legislador que muestra Moreso y en general la literatura norteamericana obedece a que estamos pensando siempre en principios abstractos contenidos además en una Constitución rígida. Por decirlo de algún modo, estos principios desempeñan la función de un Derecho natural instaurado por Dios y nada más lógico que interpretar su significado de acuerdo con las intenciones del Creador. El originalismo está entonces justificado. Sin embargo, no creo que esta doctrina deba extenderse a la interpretación de otras normas, no ya por las dificultades técnicas o de conocimiento que supone averiguar cuáles fueron las verdaderas intenciones del legisla-

dor, en democracia un sujeto colectivo al que no es fácil atribuirle genuinas intenciones o que puede ser portador de intenciones heterogéneas⁶², sino porque sacrificar el sentido común de las palabras (el sentido que tienen para los destinatarios de hoy) en aras del sentido que presuntamente quiso dar el autor de la norma equivale a un sacrificio excesivo de la seguridad jurídica en el altar de la autoridad. De manera que puedo estar de acuerdo en que los tomates son verduras y en que las ballenas son peces, pero no porque así lo indiquen las descripciones asociadas por la autoridad normativa, sino porque lo indican las descripciones que asocian los destinatarios. En este caso hay coincidencia. Pero, si no la hubiera, si las intenciones fuesen divergentes respecto del significado convencional vigente, ninguna deferencia se debe al legislador; quien, por otra parte, siempre tiene a su alcance el ajuste lingüístico de la norma y sobre quien pesa además otro deber de deferencia, el de hacerse entender por los destinatarios moviéndose en el mismo espacio semántico que éstos.

⁶² Sobre las dificultades de este argumento vid. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffré, Milano, 1980, pág. 366 y s.

5. La crueldad como género natural

Dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, debido proceso, tratos crueles o degradantes. Estos son los grandes principios abstractos de los que habla Dworkin, que invitan al intérprete a emprender la mejor teoría que sea capaz de desentrañar sus *verdaderas* o *reales* propiedades. No las concepciones que tuvieron los constituyentes acerca de esos principios, tampoco las descripciones que hoy asocian los hablantes a tales ideas, sino sus verdaderas o reales propiedades, o sea, su *esencia*. Si no me equivoco, aquí es donde la teoría híbrida de Moreso deja propiamente de serlo, puede prescindir de todo compromiso con el convencionalismo y dejar el campo libre a la teoría causal de la referencia, pues nos hemos movido ya del originalismo semántico al originalismo político o de la expectativa, aquel territorio en el que ya no debemos deferencia alguna a los resultados que los legisladores esperaban alcanzar: tratar "cruel" como un género natural supone que hay algo en la realidad independiente de nosotros (de todos nosotros) que hace ciertos comportamientos crueles, que hay una *esencia* de crueldad que, cuando concurre, permite decir que nuestras proposiciones sobre el particular son verdaderas. Nada más natural, pues, que acudir a un fundamento filosófico esencialista como el que proporciona Kripke,

cuyas preocupaciones y lenguaje pueden resultar extraños en los contextos jurídicos y aún en los de la filosofía jurídica "ordinaria", pero del que hemos de dar alguna noticia para mejor comprender qué significa que la crueldad sea un género natural.

Frente a la tradición empirista que parte de Locke, Kripke sostiene que los nombres propios y los géneros naturales pueden ser tratados como designadores rígidos que denotan una misma referencia en cualquier mundo posible, que tienen una identidad transmunda porque denotan esencias⁶³. "Un mundo posible está dado mediante las condiciones descriptivas que asociamos con él"⁶⁴; luego estamos en presencia de un designador rígido cuando contamos con una referencia de lo que nombramos cualquiera que sean las condiciones descriptivas que asociemos. Tomemos el ejemplo del agua⁶⁵. El agua presenta propiedades macroscópicas que están en la base de

⁶³ "Un designador designa rígidamente a cierto objeto si designa al objeto donde quiera que el género exista; si, además, el objeto existe necesariamente, podemos llamar al designador rígido *en sentido fuerte*", S. Kripke, *El nombrar y la necesidad*, trad. de M. Valdés, UNAM, México, 2005, pág. 51.

⁶⁴ *Ibidem*, pág. 47.

⁶⁵ Sigo aquí muy de cerca la exposición de M. Pérez Otero, *Esbozo de la filosofía de Kripke*, Montesinos, Barcelona, 2006, págs. 28 y ss. Y 182 y ss.

las descripciones más familiares (es incolora, inodora, insípida, compone los mares, corre por los ríos, etc.), pero ésta no es su *esencia*, que al contrario viene dada por una propiedad microscópica que tiene que ver con su estructura interna (H₂O). Un volumen de oxígeno y dos de hidrógeno constituyen el agua en cualquier mundo posible, aunque cambien o se combinen de distinta forma las descripciones macroscópicas que asociamos al término. Sin embargo, para la epistemología empirista (Locke) nuestra relación con el mundo externo tiene límites infranqueables, ya que las verdaderas esencias nos son desconocidas; es decir, que los términos de géneros naturales no pueden significar esencias reales, el significado viene dado por las descripciones que asociamos a los mismos.

Los esencialistas pretenden romper con esta tradición. Los géneros naturales presentan propiedades estructurales que son esenciales, en el sentido de que son ajenas a nuestra mente y que se descubren mediante investigación científica empírica, son verdades necesarias pero *a posteriori*; de manera que constituyen también condiciones de verdad de lo que decimos y forman parte del significado del género natural. Las propiedades fácilmente observables, las que dan lugar a nuestras descripciones, pueden fallar en todos los mundos posibles, pero esto no afecta

a las propiedades esenciales. Es posible que exista un planeta gemelo a la tierra y que por él corra un líquido en todo igual al agua, con sus mismas utilidades y características, pero con una composición química diferente; los habitantes de ambos planetas pueden creer que están ante la misma sustancia, pero son *esencialmente* diferentes⁶⁶. Del mismo modo, la cualidad de cuadrúpedo rayado y de gran tamaño da cuenta de unas propiedades que asociamos a los tigres, pero si se descubrieran en un lugar ignoto ciertos reptiles con la apariencia y el comportamiento propio de los tigres, no diríamos que algunos tigres son reptiles, sino que hay reptiles que parecen tigres. Con independencia de nuestro grado de conocimiento acerca de los tigres, éstos pertenecen a una especie distinta a los reptiles. Acudiendo a ejemplos que ya conocemos, podemos describir las ballenas atendiendo a unas propiedades externas que comparten con los peces (son animales marinos, tienen una forma externa similar, etc), pero no son peces porque son precisamente mamíferos.

Los planteamientos de Kripke pueden ser censurados desde posiciones antiesencialistas, como el pragmatismo, pero no procede dete-

⁶⁶ El ejemplo es de H. Putnam, "El significado de 'significado'", en *La búsqueda del significado*, M. Valdés (ed.), Tecnos, Madrid, 1991, págs. 131 y ss.

nerse en esto. Regresemos ahora a la crueldad. Si la crueldad es un género natural, entonces las descripciones que nosotros asociamos a ese término, o las que asociaron los padres constituyentes, serían como las propiedades macroscópicas del agua o del tigre, pero no expresarían su esencia, no serían ese designador rígido verdadero en todos los mundos posibles. Si existen propiedades esenciales a la crueldad, entonces las proposiciones acerca de la misma son verdaderas o falsas y su significado viene dado por tales propiedades. Debo reconocer que la apuesta de Moreso me parece valiente, cuando no osada: ¿hay verdades necesarias a posteriori en el mundo de la moral?, ¿es la moral una realidad externa a nosotros mismos?, ¿cuál es el lenguaje experto o la mejor teoría –equiparable a la botánica para los tomates y a la zoología para las ballenas– que nos permita descubrir la estructura interna de la crueldad, haciendo necesariamente verdaderas nuestras proposiciones sobre el particular? Son demasiadas preguntas y demasiado complicadas para que pueda responderlas, pero me permito un par de observaciones.

Los géneros naturales son, como su nombre indica, *naturales*, clases "cuya delimitación es objetiva, independiente de nuestros modos de conocer y clasificar el mundo... independientes de los intereses y los avatares

humanos"⁶⁷. ¿Cabe predicar esto de nuestros conceptos morales? Creo que no: si la moral es obra de nuestra especie, entonces la moral no puede ser previa al surgimiento de nuestra especie, ni desarrollarse al margen de la misma⁶⁸. Sólo desvinculando la moral (o la esencia de la moral) de las personas de carne y hueso y situándola sobre un fundamento teológico o en un mundo aparte de los entes de razón podríamos intentar su aproximación a los géneros naturales; captar su esencia sería entonces labor de los mejores exégetas o de los más profundos metafísicos. Si aceptamos, en efecto, que la moral descansa en el orden divino o que habita, junto al teorema de Pitágoras, en un mundo separado tanto de la experiencia como de nuestra mente, estaríamos en condiciones de trazar esa analogía con los géneros naturales; los conceptos morales tendrían también una esencia y se trataría de escoger la teoría que mejor diese cuenta de sus propiedades *reales*. Pero esta visión me

⁶⁷ M. Pérez Otero, *Esbozo de la filosofía de Kripke*, cit., pág. 30.

⁶⁸ Vid. A. García Figueroa, "¿Esencias iusfundamentales?", *Ideas. Anuario de la Asociación argentina de filosofía del Derecho*, 8, 2008, pág. 1 (<http://www.aafd.org.ar/ideas-derecho-06.php>). Este trabajo, que me ha servido de guía en los laberintos del esencialismo, es un comentario crítico al giro metafísico que, como en Moreso, se aprecia en algún trabajo de R. Alexy, concretamente en "¿Derechos humanos sin metafísica?", *Doxa*, 30, 2007, págs. 237 y ss.

parece difícilmente compatible con el constructivismo ético que comentamos al final del epígrafe 3. Desde esta perspectiva, la moral es una construcción humana, un artificio, como lo es también el Derecho; de ahí que el lenguaje se presente en ambos casos como una frontera insuperable; y de ahí también que en este contexto las cuestiones metafísicas pierdan relevancia. Tal vez ello responda a lo que Rawls llamó la independencia de la teoría moral⁶⁹, o quizás sea también una consecuencia más de esa edad postmetafísica que nos explica Habermas y que precisamente ve en el lenguaje el marco necesario e irrebasable de todos nuestros actos de habla, incluidos los regulativos⁷⁰.

En segundo lugar, el enfoque esencialista en materia moral creo que conduce a resultados elitistas. Que exista una esencia de la crueldad o de los conceptos morales en general, por definición una esencia que se sitúa más allá de nuestros sentidos y de nuestras descripciones, supone que hay unos sujetos habilitados y unos procedimientos cognoscitivos especiales aptos para acceder a dichas esencias; algo así como unos nuevos

⁶⁹ J. Rawls, *Justicia como equidad*, cit., págs. 122 y ss.

⁷⁰ J. Habermas, *Pensamiento postmetafísico*, trad. de M. Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1990, pág. 55.

sacerdotes laicos con un lenguaje propio. Esto parece poco compatible con una visión secular de la moral, para la que en principio todos somos participantes y lo somos además en pie de igualdad: la moral no es una ciencia. Podemos considerar, por ejemplo, que la pena del cepo o de latigazos constituye un trato degradante, y podemos también ofrecer buenas razones para abandonar estos castigos a quienes aún los defienden y practican. Pero con argumentos morales, pues sería un poco extraño decirles que están equivocados o que sufren alguna deficiencia o trastorno cognitivo que les impide ver unas esencias que, en cambio, nosotros sí vemos.

6. El esencialismo y la teoría de los derechos fundamentales

En la teoría de los derechos fundamentales compiten dos posiciones opuestas a propósito de la limitación o delimitación de los derechos, las llamadas teoría interna y teoría externa, que también pudieran denominarse concepción subsuntiva y concepción particularista⁷¹. Explicado de modo muy sintético⁷², la teoría interna confía en una perfecta delimitación conceptual de los derechos en

⁷¹ Así lo hace J. J. Moreso, "Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales", en *La Constitución: modelo para armar*, cit., págs. 293 y ss.

el texto constitucional, así como en la interna coherencia de este último, de manera que los derechos se aplicarían al modo de las *reglas*: cuando una conducta o situación presenta las propiedades descritas o "delimitadas" en la norma iusfundamental, se hallará plenamente protegida por la misma; mientras que en otro caso se tratará de un simple ejercicio de la libertad natural o no jurídica, del *agere licere*, no tutelado por el sistema de derechos y, por tanto, susceptible de limitación por los poderes públicos o mediante negocios privados. Aquí no hay ponderación, sino subsunción. Desde esta perspectiva, en puridad no puede ocurrir o será mera apariencia que unos derechos entren en conflicto con otros, o que sean objeto de limitación; cada derecho y cada límite ocupan su "parcela" y cuando uno invade el "territorio" de otro sencillamente deja de representar un ejercicio legítimo del derecho en cuestión. Naturalmente, la teoría interna participa de un notable cognoscitivismo⁷², suponiendo que puede operarse *a priori* o en abstracto una perfecta delimitación conceptual de los derechos y

⁷² He tratado este tema con mayor detenimiento en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, cit., págs. 217 y ss.

⁷³ Del "exagerado credo cognitivista" de la teoría interna habla C. Bernal Pulido, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2003, pág. 472.

superar así cualquier indeterminación ya sea en la descripción del supuesto de hecho, ya en la consecuencia o contenido normativo de cada uno de ellos. Un sector de la doctrina alemana, un número no escaso de juristas españoles y el propio Ferrajoli participan, con distintos matices, de esta forma de ver las cosas.

Puede ser una mera coincidencia nominal con el esencialismo filosófico, pero el Derecho positivo, pese a su carácter artificial, dice tener también sus *esencias*, que por lo demás se ajustan muy bien a los presupuestos de la teoría interna. Concretamente, el artículo 53,1 de la Constitución española, siguiendo los pasos de la alemana, alude a un "contenido esencial" de los derechos fundamentales, que habría de ser respetado en todo caso por la ley. Tampoco procede que nos detengamos en el amplio debate acerca de cómo ha de interpretarse esta cláusula, pero en cualquier caso la misma viene a sugerir que los derechos fundamentales tienen "partes", al menos dos, la esencial y la accidental. Dicho en unos términos que ya conocemos, el contenido accidental podría ser equivalente a las propiedades macroscópicas o a las descripciones más familiares de los géneros naturales, mientras que el contenido esencial sería nuestro "designador rígido", aquel que capta y da cuenta de sus propiedades esenciales. Natu-

ralmente, esta terminología esencialista puede verse como un modo de hablar figurado o metafórico, pero lo cierto es que los juristas no terminan de ponerse de acuerdo a la hora de dibujar con alguna precisión el contenido esencial de los derechos, y lógicamente tampoco el accidental. Se ponen de acuerdo, sí, pero no en abstracto, sino *a posteriori* o tras la ponderación; lo que es una forma de dar la razón a la teoría externa⁷⁴ o de reconocer que "no hay modo de reconstruir de manera completa y consistente el universo de los principios morales"⁷⁵

De modo diferente opina la teoría externa. Esta última parte de lo que se llama una concepción amplia del supuesto de hecho de los derechos fundamentales, lo que significa que deben ser tratadas como tales cualesquiera conductas o situaciones que presenten al menos una propiedad adscribible al campo semántico de un derecho; por ejemplo, aunque ningún derecho contempla expresamente la conducta de alimentar las palomas del

⁷⁴ Como dice R. Alexy a propósito de la interpretación de la cláusula del contenido esencial, ésta no representa un verdadero límite a la ponderación, sino lo que queda del derecho después de la ponderación, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 259.

⁷⁵ J. J. Moreso, "Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales", cit., pág. 305.

parque, ni siquiera tutela un genérico amor a los animales, dicha conducta es adscrita al principio del libre desarrollo de la personalidad⁷⁶; y aunque los Códigos civil y penal sancionan la lesión del derecho al honor o la intromisión en la intimidad, no por ello las expresiones que pudieran juzgarse atentatorias contra esos derechos dejan de ser ejercicio de otro derecho, el de libertad de expresión⁷⁷. La teoría externa contempla los derechos fundamentales y los demás principios morales incorporados a la Constitución precisamente como *principios*, no como reglas. Desde luego como principios llamados a entrar en colisión con otros principios o derechos por cuanto no existe una delimitación constitucional de los respectivos supuestos de aplicación o, dicho de otro modo, por cuanto comparten los mismos supuestos de aplicación. Por eso, la teoría externa plantea el examen de los conflictos como una argumentación en dos

⁷⁶ Tomo el ejemplo de R. Alexy, quien comenta una sentencia del Tribunal Constitucional alemán (BverfGE, 54, 143) para ilustrar la tesis del derecho general de libertad, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pág. 303 y s.

⁷⁷ Un claro ejemplo de esta forma de argumentar en la STC 51/2008 a propósito de la novela de M. Vicent, *Jardín de Villa Valeria*: aun cuando determinado fragmento de la obra pudiera considerarse una lesión del derecho al honor de cierta persona, no por ello dejaba de ser *al mismo tiempo* ejercicio del derecho de libre creación artística y literaria.

fases: un juicio *prima facie*, que es un juicio subsuntivo, llamado a constatar la relevancia en el caso de dos derechos o principios (el libre desarrollo de la personalidad y la protección del patrimonio en el caso de la prohibición de la alimentación de palomas, la libertad de expresión y el derecho al honor, etc.), y un *juicio definitivo* o de ponderación dirigido a *pesar* la importancia relativa de los derechos en conflicto a la luz de las circunstancias del caso. El resultado es que los derechos son *derrotables*, esto es, no es que pierdan su validez (son normas constitucionales), sino que quedan *expuestos* a nuevas excepciones que no son previsibles *ex ante*⁷⁸ Precisamente Moreso ha realizado importantes contribuciones al esfuerzo de racionalización de este modo de argumentar intentando sortear los riesgos de particularismo⁷⁹.

⁷⁸ Vid. A. García Figueroa, "La incidencia de la derrotabilidad de los principios jusfundamentales sobre el concepto de Derecho", en *Diritto e questioni pubbliche* (revista electrónica: www.dirittiequestionipubbliche.org), 3, 2003, págs. 197 y ss. En este punto creo que García Figueroa tiene razón al separarse de la posición de R. Alexy y de P. H. Wang en el sentido de que derrotables no son sólo las reglas, sino también los principios y por tanto los derechos. Vid. *Criaturas de la moralidad*, cit., págs. 148 y ss.

⁷⁹ J. J. Moreso, "Sobre revisiones estables, casos paradigmáticos e ideales regulativos, en *La Constitución: un modelo para armar*, cit., págs. 285 y ss.

Como teorías explicativas o dogmáticas del sistema de los derechos constitucionales y como teorías normativas acerca de la mejor interpretación de éstos, me parece más fecunda y transparente la teoría externa, que propicia un ejercicio de justificación más explícito y completo, obligando a tomar en consideración todos los elementos relevantes en el caso. Allí donde la teoría interna apela a unos significados precisos y delimitados y a unos contenidos esenciales más o menos misteriosos para cada uno de los conceptos morales, la externa no tiene inconveniente en partir de una concepción amplia de esos significados y contenidos, haciéndose cargo de la inevitable concurrencia de distintas razones para decidir, las que proceden de un principio o derecho y las que proceden de otro. Además, sólo la teoría externa suministra un sofisticado juicio de ponderación o proporcionalidad que, aunque no elimina a mi juicio las valoraciones ni la discrecionalidad, procura una importante racionalización de las decisiones. Desde un punto de vista pragmático, es posible que ambos enfoques presenten ventajas y desventajas. La teoría externa ofrece una mayor *extensión* de los derechos, incluso abriendo la puerta a derechos implícitos, y sobre todo impone sobre el legislador de los derechos una carga de argumentación o justificación de todo límite en la esfera de los mismos. La teoría interna, en cambio, parece garantizar

mejor la *fuerza* o *intensión* de los derechos, evitando su negociación y eventual sacrificio en nombre del principio de utilidad⁸⁰.

Pienso que el esencialismo moral habla a favor de la teoría interna de los derechos fundamentales, que es difícilmente compatible con la teoría externa y que, de poder ser aceptado, podría contribuir a la construcción de una teoría mixta o ecléctica entre ambas. Por lo que se refiere a la primera afirmación, no creo que los juristas que defienden la teoría interna necesiten ser esencialistas morales ni compartir la teoría causal de la referencia, pero no cabe duda que ópticas como éstas bien pueden contribuir a fundamentar sus posiciones. Tal vez sea pura casualidad, pero no deja de resultar curioso que muchos defensores de la teoría interna (no todos, desde luego) se adscriban sin dificultad al iusnaturalismo y al realismo moral⁸¹. En segundo lugar, el

⁸⁰ Esto es sin duda lo que preocupa a Ferrajoli, quien teme que la visión conflictualista y ponderativa termine por sacrificar las libertades y los derechos sociales a manos de los derechos de autonomía privada (negocios) y colectiva (leyes), que son en realidad poderes. He tratado este problema en "Principia Iuris: una teoría del derecho no (neo)constitucionalista para el Estado constitucional", *Doxa*, 31, 2008, págs. 340 y ss.

⁸¹ Así, por ejemplo, P. Serna y F. Toller, *La interpretación de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000; J. Cianciardo, *El conflictivismo en los derechos*

esencialismo me parece difícilmente compatible con la teoría externa porque, si bien esta última parte de una concepción amplia del supuesto de hecho en la que sin ningún género de dudas se hallan presentes los presuntos rasgos esenciales, además de estar presentes también los accidentales, el concepto de derrotabilidad supone que en algunos casos hasta las esencias deben ceder; es decir, que un cultivador de la teoría externa podría ser en hipótesis un esencialista en el terreno moral, siempre que estuviese dispuesto a reconocer que los conceptos morales incorporados a la Constitución deben interpretarse en sentido amplio, como protegiendo algo más que la *esencia*, y sobre todo que en ocasiones las propias esencias quedan sacrificadas en nombre precisamente de otras esencias más fuertes circunstancialmente. Y, en tercer lugar, el esencialismo podría ayudar a mitigar los riesgos consecuencialistas o antigarantistas de la teoría externa, sugiriendo algo así como que la ponderación puede operar sobre las propiedades accidentales, pero respetando siempre el contenido esencial; esto es, que por efecto de la ponderación no puede nunca llegar a sacrificarse el contenido mínimo o esencial de un derecho. Por ejemplo, estaría

fundamentales, Eunsa, Pamplona, 2000; T. de Domingo, *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, CEPC, Madrid, 2001.

bien contar con una teoría causal de la referencia para fijar el contenido innegociable del principio constitucional de dignidad humana, interpretado en el sentido kantiano de la prohibición de tomar a los demás como meros medios y siempre como fines en sí mismos⁸². Claro que para desempeñar esta función sería preciso aceptar tanto el esencialismo moral como la relevancia de la cláusula del contenido esencial. Y ambas cosas me parecen bastante discutibles.

⁸² Estoy pensando en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 15 de febrero de 2006 (1BUR 357/05) sobre la Ley de seguridad aérea de 14 de enero de 2005. Dicha ley facultaba a las autoridades para ordenar el derribo de aviones secuestrados por terroristas kamikazes aun a costa del sacrificio de los pasajeros inocentes. El Tribunal abandona aquí la ponderación –que seguramente hubiese llevado a convalidar la medida al menos en algunas circunstancias extremas- para considerar la dignidad como un principio intangible; o sea, no como un principio, sino como una regla.

SOBRE LA POSIBILIDAD DEL
ERROR JUDICIAL Y LOS
DESACUERDOS IRRECUSABLES
EN EL DERECHO. ONCE
COMENTARIOS A LAS TESIS DE
JOSÉ JUAN MORESO

Jordi FERRER BELTRÁN

Del quehacer de José Juan Moreso he aprendido desde hace 20 años a practicar la filosofía del derecho. Es, sin duda, una de las personas que más han influenciado en mi forma de ver la filosofía y la manera de analizar un argumento. Y en los últimos años ha sido también sufrido y tolerante participante de continuas discusiones, en las que, por aquello de la cercanía, hemos puesto el énfasis en las diferencias teóricas que mantenemos. En efecto, no resulta de mucho interés filosófico la constatación de los acuerdos, puesto que de ellos poco más se obtiene que la satisfacción del punto de vista compartido; mientras que el debate sobre los puntos de desacuerdo, con sus argumentos y contraargumentos, puede resultar iluminador y es, en todo caso, más divertido.

Con ese gusto por la discusión y el común objetivo de la búsqueda de la corrección argumentativa, me he propuesto analizar el trabajo de José Juan Moreso "La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables", que es una presentación muy afinada de tesis que hemos debatido ya, siempre oralmente, en otras ocasiones. La oportunidad de pensar de nuevo los argumentos y, en mi caso, de formularlos por primera vez por escrito, es ya de por sí un motivo de alborozo intelectual¹.

Desarrollaré mi argumentación en once comentarios cuyo orden no obedece más que al discurrir de la argumentación del trabajo comentado.

Primero.- El gol de Maradona

Buena parte de los argumentos que en este trabajo presenta Moreso han sido elaborados y presentados precedentemente por el mismo autor en el marco de una defensa del positivismo jurídico incluyente, frente a las tesis del

¹ Por ello, quiero agradecer la oportunidad a la Fundación Coloquio Jurídico Europeo, a Ernesto Garzón Valdés y, muy especialmente, al propio José Juan Moreso. Por otra parte, Riccardo Guastini, Nicola Muffato, Diego M. Papayannis, Lorena Ramírez, Giovanni B. Ratti y Carmen Vázquez leyeron un borrador previo del trabajo y a sus observaciones debo mejoras sustanciales del mismo.

positivismo jurídico excluyente. La novedad que aquí se nos presenta radica en que el embate argumentativo de Moreso se centra en el realismo jurídico. Para ello, quizás en un hábil ardid retórico, Moreso nos propone elegir entre ponernos de parte de Julia Roberts o del obispo Hoadly, o lo que es lo mismo en este contexto, entre la tesis de que los jueces, incluso los tribunales supremos, se pueden equivocar y la tesis de que el derecho es lo que dicen los jueces y, por tanto, no hay espacio conceptual para el error judicial.

En este primer comentario y en el siguiente me propongo poner en cuestión que la conclusión "no hay espacio conceptual para el error judicial" se obtenga (sin más) de la tesis de que el derecho es lo que dicen los jueces. O, dicho de otro modo, argumentaré que es posible concebir el error judicial en el marco de una teoría iusrealista.

Tomemos el ejemplo del fútbol con el que inicia el trabajo de Moreso y veamos si hay diferencia entre estas dos situaciones. La primera es la representada por el gol de Maradona con la mano. Dado que es muy conocida y ha sido ya presentada en el artículo de Moreso no insistiré en ella. La segunda es la siguiente: supóngase que el reglamento del

futbol estableciera² que *todo* agarrón de un jugador a otro dentro de su área defensiva debe ser sancionado por el árbitro con un penalti contra el equipo del jugador que agarró al otro. Ahora bien, es sabido que estas son situaciones que se producen de forma continua en los saques de esquina y que los árbitros no sancionan casi nunca como penalti. De hecho, si lo hicieran, en cada partido probablemente se pitarían varias docenas de penaltis. Ahora bien, ¿cómo damos cuenta, de hecho, de las situaciones en que antes de lanzar un saque de esquina un jugador agarra a otro (sin derribarlo)?

Cuál sea la reacción de la "comunidad futbolera" y de los árbitros en particular ante cada una de estas situaciones es una cuestión meramente contingente, fáctica. Una afirmación cuidadosa al respecto debería estar avalada por datos empíricos estadísticos. No obstante, creo que caben al menos dos posibilidades incluso para quien sostenga que es gol o es penalti lo que digan los árbitros que es gol o penalti. En el caso del gol de Maradona, parece plausible pensar que cualquier árbitro al que preguntáramos (incluso al propio árbitro del encuentro después de ver la jugada por

² Como de hecho hace, pero no quiero discutir la interpretación del reglamento, por lo que basta asumirlo para los efectos del argumento.

televisión³) daría cuenta de la situación alegando que se produjo un error arbitral. ¿Pero sucede lo mismo si les preguntamos si hay error arbitral cuando un árbitro no sanciona con penalti un agarrón en un saque de esquina? ¿Y si les preguntamos si es errónea la decisión del árbitro que sí sanciona con penalti un agarrón de ese tipo?

Para que sea posible hablar de error arbitral necesitamos sólo disponer de un patrón de corrección de las decisiones arbitrales que sea independiente de la decisión misma que es evaluada. Si ese patrón es una regla formulada en el reglamento del juego, cuya interpretación correcta podemos conocer, entonces claramente podremos decir, por ejemplo, que el gol de Maradona con la mano fue un caso paradigmático de error arbitral o que el agarrón del defensa al delantero antes de un saque de

³ Lo que quizás sea un buen indicio de que, en realidad, en el caso del gol de Maradona no haya un desacuerdo interpretativo respecto de las reglas. Muy probablemente el árbitro del partido no sostenía una interpretación del reglamento del fútbol según la cual el gol con la mano es válido, sino que se produjo pura y simplemente un error de percepción, un error fáctico, por su parte. Así creo que sucede también en el proceso judicial cuando lo que se produce son errores fácticos, en materia de prueba, claramente distintos de los errores interpretativos sobre el derecho. Pero no quiero insistir en este punto para no quedarme atrapado en la simple discusión del ejemplo.

esquina debe ser sancionado con penalti y que el árbitro que no lo ha hecho ha cometido también un error.

Si, en cambio, las reglas del fútbol son lo que digan los árbitros que son, Moreso entiende que no cabe siquiera hablar de error arbitral. No habría entonces espacio conceptual para el mismo. Pero ello obedece, en mi opinión, a una no advertida ambigüedad de "las reglas del futbol son lo que digan los árbitros que son". En efecto, esta frase admite, al menos, dos interpretaciones (que darían lugar a dos teorías muy distintas sobre las reglas del futbol). Según la primera, es gol, penalti, falta, fuera de banda, lo que cada uno de los árbitros decida que es. Si el árbitro de la eliminatoria de cuartos de final del mundial de México'86 decidió que el gol de Maradona con la mano era gol, entonces era gol. Si es así, efectivamente, no hay forma de decir que el árbitro se equivocó y éste resulta, por ello, conceptualmente infalible⁴. Una segunda interpretación, en cambio, sostendría que las reglas del futbol son el resultado de las prác-

⁴ Esto es, por cierto, lo que ocurre en el ámbito del proceso judicial cuando se sostiene que un hecho está probado cuando el juez lo declara probado, fruto de su íntima convicción: el juez de los hechos resulta ser conceptualmente infalible. Al respecto vid. Ferrer Beltrán, J.: *Prueba y verdad en el derecho*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pág. 32 ss.

ticas interpretativas convergentes, realizadas por los árbitros, sobre las disposiciones contenidas en el reglamento del futbol. Si se admite que el lenguaje y, por tanto, el significado de esas disposiciones es convencional, entonces es plausible sostener que el significado de esas disposiciones, i.e., las normas del futbol, es el producto de las convenciones interpretativas de la comunidad de referencia, en nuestro caso la "comunidad futbolera" o, para simplificar, de la comunidad de los árbitros⁵. Así, podríamos decir, sin contradicción, que las reglas del futbol son las que dicen los árbitros (como colectivo) que son y, a la vez, que el árbitro tunecino de la eliminatoria del mundial de México'86, Sr. Alí Ben Naceur, se equivocó: su decisión no cabe en ninguna práctica interpretativa convergente de los árbitros acerca de la disposición que establece cuándo se produce en un partido de futbol un gol válido. Claro está, esas prácticas pueden cambiar diacrónicamente o no ser convergentes sincrónicamente (supuestos de desacuerdos), pero podríamos aceptar que desde 1986 hasta hoy ninguna interpretación compartida por los árbitros de la disposición

⁵ No es simple determinar cuál es la comunidad de referencia: ¿sólo los árbitros? ¿también los comentaristas deportivos? ¿también los aficionados? Pero ello no es imprescindible aquí. Basta para que el argumento funcione que el patrón de corrección no dependa de cada uno de los árbitros individualmente considerados.

que regula la consecución de un gol válido permite considerar como tal el gol de Maradona con la mano. Y, en ese sentido, cabe decir que la decisión arbitral de considerarlo válido fue errónea.

En cambio, en el ejemplo del agarrón dentro del área a la salida del saque de esquina, parece plausible pensar que muchos árbitros dirían⁶ que el árbitro que no sanciona la acción con penalti no comete un error (y hasta quizás que sí lo comete quien lo señala). Ello debido a que sí parece existir una convergencia interpretativa de los árbitros en el sentido de que, por ejemplo, no basta cualquier agarrón dentro del área grande cometido por un jugador del equipo que defiende esa portería, sino que el agarrón debe ser tal que impida el remate desequilibrando al delantero.

Segundo.- El caso de la responsabilidad extracontractual de los aparejadores

Establece el artículo 1591.1 del Código Civil que "El contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, res-

⁶ No quisiera, en todo caso, discutir si en este caso habría más o menos árbitros que sostendrían esta o aquella interpretación. Basta para mis intereses argumentativos que sea concebible un caso así, con independencia del concreto ejemplo.

ponde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección." De acuerdo con una interpretación literal del artículo, parece claro que los responsables en caso de ruina de un edificio son el contratista y, en su caso, el arquitecto que elaboró el proyecto. Sin embargo, una Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 1961 estableció que ese artículo debía ser interpretado (siguiendo una de las pautas interpretativas previstas en el artículo 3.1 del mismo Código Civil -la adecuación de la norma a la realidad social del tiempo en que debe ser aplicada-) en el sentido de incluir también la responsabilidad de los denominados entonces "aparejadores". La sentencia argumentaba que, si bien en el momento en que fue dictada la disposición contenida en el artículo 1591.1 del Código Civil (en 1889) no se hizo expresa mención de los aparejadores como posibles responsables de la ruina de un edificio, ello se debió a la relativa sencillez de las edificaciones y técnicas constructivas que se empleaban, bastando con la intervención del contratista e interviniendo el arquitecto únicamente en el caso de obras de cierta importancia o complejidad. Y fue sólo a partir de un Decreto de 16 de julio de 1935 que se

estableció la obligatoria intervención de un aparejador en la construcción de los edificios. Siendo así, sigue argumentando el TS, la adecuación de la original disposición de 1889 a la nueva realidad social, derivada del Decreto de 1935, hacía razonable la consideración de la figura del aparejador como posible responsable de la ruina de un edificio, haciendo de este modo una interpretación extensiva del artículo 1591.1 del Código Civil que se ha mantenido invariable jurisprudencialmente (sin cambiar la letra del artículo) hasta la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación.

Más allá de los detalles del ejemplo, que de nuevo quisiera dar por asumidos para evitar la discusión sobre un ejemplo que sólo pretende valor ilustrativo, lo relevante en este punto es cómo damos cuenta de lo ocurrido. ¿Son los aparejadores responsables, de acuerdo con el artículo 1591.1, por la ruina de los edificios en cuya construcción hayan participado? ¿es la STS de 5 de mayo de 1961 un caso de error judicial y, por tanto, los aparejadores no eran legalmente responsables en España hasta la entrada en vigor de la Ley de ordenación de la edificación?⁷. En mi opinión, la respuesta

⁷ Dejo de lado, por el momento, si a pesar de ser un error judicial, en el caso que lo fuera, sería de obligatorio cumplimiento para todos o algunos sujetos u órganos.

clara es que hasta 1961 los aparejadores no eran responsables y, con seguridad, así lo indicaría un abogado a un cliente que le consultara o un profesor de derecho a sus estudiantes. La interpretación literal del artículo 1591.1 así lo avala. Pero a partir de 1961, por efecto de la sentencia comentada del Tribunal Supremo, creo que un abogado dirá a su cliente que los aparejadores sí son responsables y así ha sido enseñado en las facultades de derecho también.

¿Cuál es la diferencia de este supuesto con el del gol con la mano de Maradona? Como he intentado mostrar en el primer comentario, aquí se ha producido un cambio judicial del derecho, pero este no es considerado un caso de error judicial (pareciéndose más al supuesto del agarrón en el área) dado que es resultado de una convención interpretativa vigente: la que admite el argumento de la adecuación a la realidad social del momento de la aplicación como forma admisible de interpretar una disposición jurídica. Como en el caso de la "comunidad futbolera" es la "comunidad jurídica" (con especial preeminencia de los jueces⁸) la que considera ciertos criterios

⁸ Conviene hacer aquí dos matizaciones. Por un lado, no son únicamente los jueces los que conforman la comunidad jurídica: académicos, abogados, fiscales, etc., también deben ser considerados. Por el otro, de entre los

interpretativos como admisibles y otros no, de modo que una interpretación puede resultar admisible y otra inadmisibile (un caso de error judicial) por contraste con los patrones interpretativos vigentes en la comunidad⁹. De nuevo aquí, resulta compatible afirmar que el derecho es lo que dicen los jueces que es (p.ej., los aparejadores son legalmente responsables porque así lo dice la jurisprudencia) y sostener la posibilidad conceptual de error judicial, cuando la decisión judicial no se adecua a los patrones interpretativos admitidos en esa comunidad en ese momento histórico¹⁰. Denominaré a esta tesis "realismo

jueces, juegan obviamente un especial papel aquellos que conforman los órganos de más alto rango.

⁹ Esos patrones interpretativos, por supuesto, pueden también variar diacrónicamente. En todo caso, forman parte de lo que podríamos denominar la «cultura jurídica» de esa comunidad. No es raro pues, que realistas tan destacados como Giovanni Tarello dedicaran tanta atención al estudio de la noción de cultura jurídica. Entre otras muchas obras, vid. Tarello, G.: *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1988.

¹⁰ Por supuesto, una misma decisión puede ser considerada un error judicial o no, aunque se aparte de los patrones interpretativos vigentes, en función de si consigue o no cambiar esos patrones (al menos para ese caso). No hay en ello nada extraño y así sucede en todos los hechos convencionales: una palabra errónea en castellano puede dejar de serlo si en algún momento es admitida como palabra correcta, lo que dependerá del éxito alcanzado en su difusión. Pero todo ello es completamente contingente y materia de estudio de la sociología.

jurídico moderado", frente a la tesis de que el derecho es lo que *cada uno* de los jueces dice que es, que podríamos denominar "realismo jurídico radical". Volveré más adelante sobre este punto en el comentario noveno.

Tercero.- El problema de las normas irregulares

El derecho, como bien señala Moreso (pág. 2) siguiendo a Rawls, es un ejemplo de sistema de justicia procesal imperfecta. Disponemos de un criterio de corrección sustantiva, i.e., de reglas, y de un sistema institucionalizado de toma de decisiones aplicando esas reglas. El problema aparece cuando las decisiones adoptadas no se corresponden con las reglas que debían aplicar, según el propio sistema. La decisión puede ser, en ese caso, definitiva (en el sentido de que el sistema no permite su revisión) y errónea. Se suele hacer referencia a esta situación como el problema de las normas irregulares: el problema es cómo capturamos en nuestra teoría la tensión entre la dimensión sustantiva y la dimensión procedimental de los sistemas de reglas (Moreso, pág. 4). Para que este problema se plantee basta que se disponga de un criterio de corrección de la decisión independiente de la mera voluntad individual de quien decide, en el momento en que decide. Por ello, concuerdo con Moreso en su presenta-

ción, aunque añadiría que el problema se da también bajo la concepción iusrealista moderada que he presentado en el comentario anterior.

Cuarto.- Desacuerdos irrecusables. Primera parte

El punto anterior tiene, según Moreso, consecuencias importantes para la concepción del derecho. En especial, sostiene (pág. 4 s.) que

(...) el modo en que capturemos en nuestra teoría dicha tensión [entre la dimensión sustantiva y la dimensión procedimental] tendrá efectos en otras cuestiones, por ejemplo, en la cuestión de cuál sea el carácter de las discrepancias jurídicas. ¿Cuando discutimos en España acerca de si los matrimonios entre personas del mismo sexo son o no constitucionales a qué tipo de debate nos estamos refiriendo? Si es al contenido de las reglas, entonces tal vez podrá decirse que en la discrepancia una de las partes lleva la razón; ahora bien, si nos referimos únicamente a la solución que va a dar un Tribunal (en este caso, el Tribunal Constitucional) entonces tal vez se trata de lo que en otro contexto los filósofos han llamado *faultless disagreements*: desacuerdos irrecusables.

En mi opinión, una vez se advierte la ambigüedad de "el derecho es lo que dicen los

jueces que es", el argumento de Moreso adquiere un aire de falso dilema: o bien hay respuesta correcta respecto de lo que exigen las reglas y esa respuesta es independiente de lo que piensen, digan o hagan los jueces, en cuyo caso los desacuerdos respecto de lo que éstas exigen son genuinos desacuerdos, o bien qué exija el derecho depende únicamente de lo que diga *cada* juez en el caso concreto, de forma que los desacuerdos sobre lo que exige el derecho no tienen sentido antes de que el juez se pronuncie: de ellos deberemos, pues, dar cuenta mediante la *error theory* o bien sosteniendo que los participantes en la discusión son conscientes de que no *hay* respuesta previa y sus argumentos son hipócritas, ideología disfrazada.

Pero si se asume que la posición realista moderada es teóricamente concebible, resulta haber una tercera opción no contemplada por Moreso: el derecho está formado por reglas, éstas pueden ser conocidas, pero no son independientes de lo que digan, hagan o piensen los jueces. De hecho, los contenidos significativos de las disposiciones jurídicas son el producto de una actividad interpretativa que realizan (no sólo, pero principalmente) los jueces. Pero en esa concepción, cuáles son las interpretaciones admisibles no depende de cada juez individual sino de los usos interpretativos convergentes en esa comuni-

dad jurídica. Esto es compatible con que, sincrónicamente, se considere por parte de la comunidad jurídica que hay una única respuesta correcta para algunos casos (por ejemplo, el artículo 15 de la constitución española prohíbe la pena de muerte en tiempos de paz), así como también es compatible con que haya diversas respuestas admisibles o con que no haya, en otros casos, convergencia interpretativa en absoluto (i.e., no haya convención interpretativa al respecto en la comunidad jurídica de referencia). Si el derecho está formado por normas, que son el producto de la interpretación y, a su vez, el derecho, como el lenguaje mismo en que se expresa, es un fenómeno convencional, cabe sostener que esas normas son el producto de convenciones interpretativas. Y en ausencia de esas convenciones, no hay respuesta al caso planteado. Sólo en este último caso estaríamos, pues, ante un supuesto de desacuerdo irrecusable.

Quinto.- La doctrina Julia Roberts y la falibilidad de los jueces y tribunales

La doctrina Roberts-Moreso, presentada en este trabajo (y más ampliamente en otros anteriores¹¹) consta, según entiendo, de dos tesis:

¹¹ Véase, por ejemplo, Moreso, J.J.: «La doctrina Julia Roberts y la objetividad del derecho», en Id.: *La*

T1: Al menos algunas veces hay respuesta correcta a los casos jurídicos.

T2: La respuesta correcta a un caso jurídico (cuando la hay) no depende de lo que hagan o digan los tribunales.

De T1 y T2 se obtiene que es conceptualmente posible que los tribunales se equivoquen en sus decisiones. Y esto dota de sentido a la afirmación del personaje interpretado por Julia Roberts en el Informe Pelicano (el Tribunal Supremo norteamericano se equivocó en el caso *Bowers vs. Hardwick*¹²) y de paso a la afirmación del propio Tribunal Supremo de ese país cuando en *Lawrence vs. Texas*¹³ afirma que "*Bowers was not correct when it was decided, and it is not correct today*".

Resulta claro en mi opinión, como he argumentado ya anteriormente, que para que pueda hablarse de corrección o incorrección de una decisión es necesario disponer de un patrón de corrección que sea independiente de la decisión misma a evaluar. Por ello, si la respuesta correcta a un caso judicial depen-

Constitución: modelo para armar, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, págs. 175-181.

¹² 478 U.S. 186 (1986).

¹³ 539 U.S. 558 (2003).

diera de la decisión dada por el tribunal a ese caso, no hay espacio conceptual para evaluar la corrección de la decisión. El realismo jurídico radical, propio de lo que Leiter ha denominado la versión *franktificada* del realismo¹⁴, sostiene esto último y, por tanto, niega las dos tesis de la doctrina Roberts-Moreso. Sin embargo, el realismo jurídico moderado acepta la primera tesis y puede o no aceptar la segunda en función de cómo se interprete. De nuevo, T2 sufre de la misma ambigüedad que "el derecho es lo que dicen los jueces que es". En efecto, puede interpretarse T2, al menos, de las siguientes formas:

T2a: La respuesta correcta a un caso jurídico (cuando la hay) no depende de lo que haga o diga el juez o tribunal de ese caso

O

T2b: La respuesta correcta a un caso jurídico (cuando la hay) no depende de lo que hagan o digan los jueces y tribunales en su conjunto¹⁵.

¹⁴ Cfr. Leiter, B.: *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2007, págs. 25 ss.

El realismo jurídico moderado acepta T2a, pero niega T2b. Sin embargo, es interesante observar que basta aceptar T2a para que T1 tenga sentido, es decir, para que pueda hablarse de la corrección de la decisión y, en su caso, de error judicial, dando así sentido a la distinción entre definitividad e infalibilidad de la decisión (presentada en Moreso, págs. 7-8, siguiendo a Hart).

Sexto.- El estatus de la discusión sobre la incorporación de la moral.

Una de las posibles salidas para la cuestión de la existencia de una respuesta correcta para los casos jurídicos pasa por el debate sobre la incorporación de la moral al derecho. Resulta ser un hecho no discutido que, al menos, la mayor parte de los sistemas jurídicos modernos incorporan términos y criterios morales en la legislación y, especialmente, en los textos constitucionales. También es un hecho indiscutido que los sistemas jurídicos modernos son conjuntos de normas jerarquizados, de manera que la compatibilidad con las normas de nivel superior es condición de la validez (material) de las normas inferiores. Pero si entre las normas superiores (especial-

¹⁵ Más exactamente, de lo que haga o diga la comunidad jurídica, en la que los jueces y tribunales tienen un papel destacado.

mente en la constitución) hay estándares morales incorporados, entonces ¿la validez, i.e., la condición de norma jurídica, de una norma dependerá de su compatibilidad con normas morales? Si la respuesta es afirmativa, la moral llamada en causa es la moral objetiva y esta ofrece respuestas unívocas para todos los casos, entonces podríamos tener un posible asidero para la doctrina Roberts-Moreso¹⁶.

Discutir el punto a partir de un ejemplo quizás resulte esclarecedor. Tomemos pues el artículo 15 de la Constitución española:

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. (...)

En ese artículo aparecen al menos dos referencias o apelaciones a la moral: la garantía como derecho de la integridad moral y la prohibición de penas o tratos inhumanos o degradantes. A partir de ahí, la discusión pretendidamente teórica entre el positivismo jurídico incluyente y excluyente se ha centra-

¹⁶ Esta discusión y sus implicaciones para las diversas formas de entender el positivismo jurídico ha sido objeto de análisis por parte de Moreso: «En defensa del positivismo jurídico inclusivo», ahora en Id.: *La constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, págs. 183-203.

do en el impacto sobre la tesis de la no conexión necesaria entre derecho y moral del hecho de que muchas constituciones incluyen apelaciones a la moral como éstas.

Pero a mi entender hay una cuestión previa a ese debate que resulta de vital importancia. ¿Cómo deben entenderse esas apelaciones a la moral? En concreto, ¿a qué remite el artículo 15 de la Constitución española? Se me ocurren cuatro posibilidades, que seguramente no agotan el escenario: dicho artículo remite a) a la moral objetiva¹⁷; b) a la moral social del momento en que fue dictada la Constitución; c) a la moral social del momento en que se aplica; y d) a los criterios morales del tribunal aplicador¹⁸. Ahora bien, más relevante teóricamente que la decisión entre estas cuatro posibilidades o alguna otra que pudiera añadirse, me parece responder a esta otra cuestión: ¿Qué tipo de preguntas son éstas? En mi opinión, se trata abiertamente de un problema de interpretación constitucional; lo que está

¹⁷ Lo que es independiente de si ésta existe o no: el legislador podría perfectamente remitirse a la moral objetiva sin que ésta exista, realizando así un acto fallido.

¹⁸ Tampoco aquí habría nada raro y, de hecho, parece ser ésta la propuesta de Himma que Moreso objeta en el trabajo: se trataría de un caso de uno de los sentidos débiles de discrecionalidad judicial postulados por Dworkin. Vid. Dworkin, R.: «The Model of Rules I», en Id.: *Taking Rights Seriously*, 18ª reimpresión, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 2001, págs. 31-2.

en discusión es cuál es la interpretación o interpretaciones que debemos dar a la cláusula constitucional contenida en el artículo 15 de la Constitución española¹⁹. Pero de ser así, entonces esto no resuelve sino que presupone el problema de si hay o no respuestas interpretativas correctas y no puede ser, en consecuencia, un argumento favorable a la doctrina Roberts-Moreso.

Séptimo.- La distinción entre aplicabilidad y pertenencia

La distinción, por otro lado bien conocida²⁰, entre la pertenencia de una norma al

¹⁹ Y por ello una parte importante del debate entre el positivismo jurídico incluyente y el excluyente me parece más bien un debate interpretativo, de dogmática constitucional, que un debate entre teorías del derecho distintas.

²⁰ Vid. Bulygin, E.: «Time and Validity», en Aarnio, A. (ed.): *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, North Holland Publishing Company, Amsterdam-New York-Oxford, 1982, reimpresso en versión castellana del mismo autor como «Tiempo y validez», en: Alchourrón, C.E. y Bulygin, E.: *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; Moreso, J.J. y Navarro, P.E.: «Applicabilità ed efficacia delle norme giuridiche», en Comanducci, P. y Guastini, R.: *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1986; y Ferrer Beltrán, J. y Rodríguez, J.L.: *Jerarquías normativas y dinámica de los sistemas jurídicos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, en prensa, cap. I, apartado 3, y cap. IV, apartado II.

sistema jurídico y su aplicabilidad a un caso (entendido como caso genérico), le sirve a Moreso como complemento de la distinción entre definitividad e infalibilidad de una decisión. En efecto, es un problema interesante ver cómo damos cuenta de la definitividad de las decisiones judiciales erróneas y qué consecuencias tiene en nuestra teoría. El expediente de distinguir entre pertenencia y aplicabilidad, como hace Moreso, parece un modo perfectamente asumible. Así, una norma irregular (una sentencia errónea, una ley inconstitucional, etc.) puede ser aplicable, si así lo dispone el propio derecho, pero no pertenece al sistema (si entre los criterios de pertenencia está el cumplimiento de *lex superior*, para las normas generales, o la subsunción en reglas jurídicas generales, para las sentencias). Y una norma cuyo dictado cumple todas las exigencias del sistema puede ser considerada irregular (erróneamente) por un tribunal, de manera que resultará inaplicable. En este punto, la reconstrucción teórica de Moreso parece adecuada, frente a los argumentos de Kenneth Himma²¹.

²¹ Vid. Himma, K.E.: «Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States», en *Journal of Law and Society*, 42, 2003, págs. 149-218; Id.: «Final Authority To Bind With Moral Mistakes: On The Explanatory Potential of Inclusive

Pero, puestos a destacar las diferencias, como decía al inicio del trabajo, resulta de interés analizar el argumento que ofrece Moreso contra una posible solución alternativa a este problema. Se trataría de considerar competentes a los tribunales superiores para emitir sentencias contrarias a derecho, o al legislador para dictar leyes inconstitucionales, aunque tendrían la obligación no hacerlo. De forma análoga al ladrón que vende cosas robadas: tiene prohibido realizar la acción de vender pero si el comprador es de buena fe, su acción transmite la propiedad, i.e., el ladrón es competente (tiene la capacidad jurídica) para vender²². En este punto, Moreso se apoya en un argumento de Dworkin²³ para rechazar esa posibilidad. Así, considera in-

Legal Positivism», en *Law and Philosophy*, 24, 2005, págs. 1-45; e Id: «Understanding the Relationship Between The US Constitution and the Conventional Rule of Recognition», en Adler, M.D., y Himma, K. E. (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, Oxford University Press, Oxford, 2009, págs. 95-121.

²² Por supuesto, resulta necesario concebir aquí la competencia de un sujeto para realizar x de manera que no implique que tiene el permiso de realizar x, lo que puede hacerse si se conciben las normas de competencia como reglas conceptuales o constitutivas. Al respecto, vid. Ferrer Beltrán, J.: Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2000.

²³ Dworkin, R.: «Constitutional Cases» en Id.: *Taking Rights Seriously*, op. cit., pág. 142, nota 1.

adecuada la solución puesto que la única manera de disciplinar (¿de motivar?) la conducta del legislador es mediante la limitación de su competencia: una norma de conducta que le fuera dirigida no tendría eficacia porque no habría quien le impusiera sanciones por su incumplimiento.

Ahora bien, a pesar de que a Moreso (pág. 14) "la razón que da Dworkin para rechazar esta posición [le] parece muy atinada", creo que tiene no menos de cinco problemas que justificarían el abandono del argumento:

1) En primer lugar, parece una *doctrina* extraña a alguna de nuestras prácticas de interpretación constitucional: el artículo 134.1 CE establece que "[e]l gobierno deberá presentar ante el Congreso de los Diputados los Presupuestos Generales del Estado al menos tres meses antes de la expiración de los del año anterior." Si entendemos esta disposición como una limitación de la competencia del Gobierno o del Legislador, entonces la Ley de presupuestos que se dicte contraviniendo lo dispuesto por el artículo 134.1 será inválida. Si, en cambio, se tratara de una norma de conducta, no conllevaría la invalidez de la Ley y quizás tampoco ningún tipo de san-

ción²⁴. Ahora bien, contra lo argumentado por Dworkin y aceptado por Moreso, no me resulta claro que una Ley de Presupuestos cuyo proyecto fuera presentado el 3 de octubre fuera, por ello, considerada inválida por el Tribunal Constitucional.

2) Aún si admitiéramos que la respuesta en todos los casos como este fuera afirmativa, la motivación de la conducta del Parlamento o el Gobierno (en forma de regla técnica: si quieres emitir una ley que sea considerada válida por el Tribunal Constitucional, debes hacerlo de la manera x) depende de algo completamente contingente y *no sólo* de la interpretación que se dé a la disposición constitucional: depende de que, efectivamente, las "leyes" emitidas fuera de la competencia sean consideradas inválidas por el tribunal constitucional. Si el Tribunal Constitucional declara algunas de ellas válidas, entonces el Parlamento puede tener motivos para dictarlas.

3) En todo caso, aunque todas las leyes inconstitucionales fueran declaradas tales por el Tribunal Constitucional, esto podría "motivar" la conducta del Parlamento en el sentido de no emitir leyes de este tipo, pero ¿qué

²⁴ Dejando aquí a un lado el tratamiento teórico que corresponda dar a las normas de conducta que no prevén sanciones para su incumplimiento.

pasa con el propio Tribunal Constitucional? El argumento de Moreso inicia y concluye (vid. pág. 15) planteándose el problema de las normas irregulares dictadas por las autoridades supremas (por ello, se distinguía entre infalibilidad y definitividad). Y es claro que para las autoridades supremas, tampoco la interpretación de estas normas constitucionales como limitadoras de la competencia les podría "motivar" la conducta, puesto que no hay quien pueda declarar "inválida" la sentencia del Tribunal Constitucional, por ejemplo.

4) Si se considera que estas normas limitan la competencia, y, como ha sostenido Moreso, siguiendo a Bulygin, que la competencia es definitoria del carácter de órgano de un sujeto o conjunto de sujetos (de manera que no actúa como órgano cuando lo hace fuera de su competencia), entonces habrá que decir que el Parlamento que dicta una ley inconstitucional o el Tribunal Constitucional cuando dicta una sentencia inconstitucional (cuando yerra) no actúan como Parlamento o como Tribunal, con lo que resultará difícil distinguir entre leyes inconstitucionales (que, de todos modos, son leyes) o sentencias inconstitucionales (que, de todos modos, son sentencias) y, por tanto, aplicables en cuanto definitivas y los documentos que podemos escribir un conjunto de amigos con el título "ley..." o "sentencia...". Si no se resuelve este punto,

parece este un argumento para aceptar la interpretación de que el Tribunal Constitucional es competente para emitir sentencias inconstitucionales, aunque no debe hacerlo, más que para rechazarlo.

5) Y, de todos modos: ¿cuál es el estatus de esta discusión? De nuevo se trata, a mi entender, de una cuestión interpretativa acerca de qué norma expresa el artículo 134.1 de la constitución, para la que difícilmente puede decirse que hay respuesta correcta.

Octavo.- Sobre la regla de reconocimiento

Una vez establecido que la pertenencia de una norma al sistema y su aplicabilidad (esto es, la obligación de aplicarla) son cosas distintas, Moreso sostiene (pág. 14) que

(...) [u]na reconstrucción adecuada de la regla de reconocimiento de un sistema jurídico, debería contener los criterios que permiten identificar las reglas que pertenecen al sistema y también los criterios que convierten a determinadas decisiones en finales y, por lo tanto, en obligatorias para todos los órganos.

El argumento de Moreso tiene dos pasos. El que expone la cita y otro adicional, conceptualmente independiente del primero,

respecto de la necesidad de que las decisiones de los tribunales últimos sean reconocidas sin desacuerdo para que el sistema tenga estabilidad. Discutiré el segundo paso más adelante. Acerca del primero, conviene hacer tres consideraciones:

1) ¿Por qué los criterios que convierten a determinadas decisiones en finales deben formar parte de la regla de reconocimiento y no del derecho identificado por la regla de reconocimiento? Parecería que necesitamos sólo que la regla de reconocimiento identifique como derecho la constitución y que sea ésta y no la regla de reconocimiento misma la que otorgue al Tribunal Constitucional la competencia del control de constitucionalidad y el carácter último de sus sentencias. En todo caso, estimo que esto es contingente y no una exigencia teórica para que una reconstrucción de la regla de reconocimiento sea adecuada.

2) Lo afirmado por Moreso supone sostener el carácter mixto, definitorio y normativo de la regla de reconocimiento, al ser ésta la que haría que determinadas decisiones fueran obligatorias para todos los órganos y a la vez la que definiría como válidas (en el sentido de pertenencia) a las normas del sistema.

3) No se entiende porqué se deriva del hecho de que ciertas decisiones sean últimas

que sean también obligatorias para todos los órganos. Una y otra cosa son conceptualmente independientes y su conexión depende de cada sistema jurídico.

Noveno.- Desacuerdos irrecusables. Segunda parte

Ya en la parte final del trabajo, Moreso retoma el problema de cómo damos cuenta en nuestra concepción teórica de los desacuerdos en el derecho. Para ello, desarrolla un argumento en tres pasos que analizaré consecutivamente en éste y en los dos siguientes comentarios.

En primer lugar, frente a la concepción que he denominado realista radical, Moreso sostiene (pág. 15) que

(...) [l]a doctrina del Obispo Hoadly no dejaría espacio para las discrepancias en el derecho. Serían discrepancias o bien fingidas, hipócritas, o bien fruto de una concepción equivocada de las cosas.

Sólo la doctrina Julia Roberts puede dar cuenta de los desacuerdos en el Derecho. Si los jueces pueden equivocarse, entonces hay, al menos en algunos casos, una respuesta a las discrepancias, y los desacuerdos son posibles.

Ya he mostrado anteriormente mi asentimiento respecto del primer punto, esto es, que el realismo radical no deja espacio conceptual para el error judicial y, por tanto, los desacuerdos sobre el derecho serían siempre fingidos (hipócritas), puesto que en realidad esconderían desacuerdos ideológicos, o fallidos (desacuerdos irrecusables). En cambio, la afirmación de que la doctrina Roberts-Moreso es la única que puede dar cuenta de los desacuerdos en el derecho no puede ser, en mi opinión, aceptada tan fácilmente. Ello depende de la interpretación que se dé a la tesis 2 de esa doctrina, según he argumentado en el comentario quinto. Una concepción realista moderada sí deja espacio conceptual para el error judicial y, por tanto, puede considerar genuinos algunos desacuerdos.

De todos modos, si se sostiene una teoría cognoscitivista moderada, en la que hay respuesta correcta a algunos problemas interpretativos, pero no a otros, como parece hacer aquí Moreso, sigue sin darse cuenta de los desacuerdos (en el modo dworkiniano que también Moreso pretende), puesto que estos, como es normal, se producen en los casos difíciles, donde no habría respuesta interpretativa correcta. En los casos difíciles (como el ejemplo de la constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo) no habría respuesta correcta y, por tanto, los

desacuerdos serían siempre fallidos o fingidos. Y esto es así con independencia de que el valor de verdad de las proposiciones normativas (que describen la existencia de normas en el sistema) dependa, como sostiene la teoría realista moderada que he delineado, de los usos o prácticas interpretativos de la comunidad jurídica, o de cualquier otra modalidad de cognoscitivismo interpretativo moderado.

Décimo.- Las exigencias de estabilidad del sistema

El siguiente paso en la argumentación de Moreso, una vez rechazada la teoría del derecho del obispo Hoadly, tiene esta formulación (pág. 15):

(...) si nuestras discrepancias jurídicas pudieran versar sobre cualquier cosa, sería legítimo preguntarnos cómo es posible que el derecho rija nuestra conducta de un modo razonable. Ha de haber algunos elementos del derecho que expliquen esta estabilidad.

Antes de entrar en el análisis de cuáles podrían ser esos elementos, cosa que será objeto del último comentario, y aceptando que el derecho rija nuestra conducta de un modo razonable y estable, quisiera discutir que de ello se siga que algunos concretos

elementos deben quedar fuera de nuestras discrepancias. En mi opinión, bastaría, como en la metáfora del barco de Neurath²⁵, que no se discrepe de todos los elementos que conforman el derecho a la vez. El problema radicaría en no distinguir entre los puntos de vista sincrónico y diacrónico. Sincrónicamente, si todas las disposiciones jurídicas son objeto de discrepancias interpretativas en todos sus casos de aplicación, es claro que no podremos hablar de un sistema de reglas que rija la conducta de forma eficaz. En cambio, diacrónicamente, esto no es así. En efecto, cualquier disposición jurídica puede ser objeto de controversia interpretativa en momentos distintos sin que ello afecte necesariamente a la eficacia del derecho como regulador de la conducta.

Undécimo.- Las piezas intocables

Pero queda aún por analizar el último paso del argumento de Moreso, esto es, la identificación de qué elementos estima que no pueden ser objeto de discrepancia para que el sistema tenga estabilidad (Moreso, pág. 15):

²⁵ Vid. Neurath, O.: «Protokollsätze», en *Erkenntnis*, 1932-33; reimpresso como «Protocol Statements» en Neurath, O.: *Philosophical Papers 1913-1946*, ed. y trad. por Cohen, R.S. y Neurath, M., Reidel, Dordrecht, 1983.

En mi opinión (...), al menos el contenido de las reglas jurídicas de las siguientes clases ha de poder identificarse sin controversia ni recurso a valoraciones:

a) Las reglas que confieren poderes y las reglas de adjudicación en aquello que se refiere a la determinación de los órganos jurídicos y de los procedimientos.

b) Las resoluciones judiciales y administrativas que establecen las decisiones individuales.

c) Las reglas que establecen qué decisiones judiciales son definitivas y los procedimientos para hacerlas cumplir por el resto de órganos judiciales y administrativos.

Pues bien, este punto merece un comentario pormenorizado.

Respecto de a), Moreso aclara que es obvio que las reglas que confieren poderes son controvertidas en lo que se refiere a la competencia material, pero quedaría a salvo de esa controversia la identificación del órgano y la del procedimiento. No obstante, parece que la práctica ordinaria nos muestra que hay una fuerte discusión, en muchos casos, acerca de los procedimientos. Y, respecto del órgano, el problema depende de la noción de órgano que se maneje: si el conjunto de las competencias identifican al órgano, son definitorias de

la condición institucional de órgano del sujeto o sujetos, entonces la controversia sobre los contenidos se traslada a la identificación del órgano. De este modo, discutir si el sujeto actuó o no fuera de su competencia, violando una norma superior, por ejemplo, sería discutir si actuó en tanto que órgano o no, lo que supondría discrepar sobre esa condición.

En lo que se refiere a b), bastaría constatar que en muchos casos las propias resoluciones judiciales son de difícil interpretación y que esto se traslada, por ejemplo, a los debates de ejecución de sentencia, para poner en cuestión que las resoluciones judiciales no sean objeto de controversia.

Finalmente, respecto de c), lo afirmado por Moreso parece contravenir la evidencia que otorgan los hechos: si una sentencia es o no una decisión última es algo que está a menudo en discusión: se discute, por ejemplo, si una sentencia admite o no recurso de casación y, en consecuencia, si es o no definitiva. No es lo mismo identificar los órganos supremos de la jerarquía judicial, respecto de lo que no hay, de hecho, tanta controversia, que identificar las decisiones judiciales definitivas.

Si tengo razón, parecería que no queda ningún elemento de nuestro entramado jurídi-

co-institucional que no pueda ser objeto de controversia desde un punto de vista diacrónico. Pero esto no da ni quita la razón a Julia Roberts ni al obispo Hoadly (ni a un realista moderado, por cierto).

FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

LIBROS PUBLICADOS

1. R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación*
2. L. Ferrajoli, J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. A. Ruiz Miguel, R. Navarro-Valls, *Laicismo y Constitución*
4. P. Costa, B. Aláez Corral, *Nacionalidad y ciudadanía*
5. V. Ferreres, J. A. Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez, A. Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. R. Romboli, M. Carrillo, *Los consejos de garantía estatutaria*
8. P. Salazar Ugarte, J. Aguiló Regla, M. A. Presno Linera, *Garantismo espurio*
9. E. Bulygin, M. Atienza, J. C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*
10. P. Lucas Murillo de la Cueva, J. L. Piñar Mañas, *El derecho a la autodeterminación informativa*
11. F. J. Laporta, J. Ruiz Manero, M. A. Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*
12. I. Shapiro, P. de Lora Deltoro, C. Tomás-Valiente Lanuza, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*
13. J. F. Malem Seña, F. J. Ezquiaga Ganuzas, P. Andrés Ibáñez, *El error judicial. La formación de los jueces*
14. M. C. Redondo, J. M^a Sauca, P. Andrés Ibáñez, *Estado de Derecho y decisiones judiciales*
15. S. Huster, A. Pau, M^a J. Roca, *Estado y cultura*

16. P. Comanducci, M^a A. Ahumada, D. González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*
17. E. Barros Bourie, M^a P. García Rubio, A. M. Morales Moreno, *Derecho de daños*
18. A. Aarnio, M. Atienza, F. J. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*
19. A. Squella, N. López Calera, *Derechos humanos, ¿invento o descubrimiento?*
20. S. Huster, F. Molina, E. Garzón Valdés, *Terrorismo y Derechos Fundamentales*
21. M. T. Soler Roch, J. M. Tejerizo López, F. Serrano Antón, *Los defensores del contribuyente*
22. R. Vázquez, A. Ruiz Miguel, J. M^a Vilajosana Rubio, *Democracia, religión y Constitución*
23. C. Venturini, M. Fuenteseca Degeneffe, *El Juez en Roma: Funciones y responsabilidad*
24. E. Roca Trías, V. Guilarte Gutiérrez, *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*
25. J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís, J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*

