

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

por 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 contra-argumentos, 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.

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.

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 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 fútbol estableciera² que *todo* agarrón de un jugador a otro dentro de su área defensiva debe ser sancionado por el árbitro con un penalty 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 penalty. De hecho, si lo hicieran, en cada partido probablemente se pitarían varias docenas de penaltys. 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

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

que caben al menos dos posibilidades incluso para quien sostenga que es gol o es penalty lo que digan los árbitros que es penalty. 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 televisión) 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 penalty un agarrón en un saque de esquina? ¿Y si les preguntamos si es errónea la decisión del árbitro que sí sanciona con penalty 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 esquina debe ser sancionado con penalty 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, penalty, 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 infalible³. Una segunda interpretación, en cambio, sostendría que las reglas del futbol son el resultado de las prácticas 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

³ 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, p. 32 ss.

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 árbitros⁴. 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 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 dirían⁵ que el árbitro que no sanciona la acción con penalty 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, responde 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

⁴ 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.

⁵ 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.

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?⁶. En mi opinión, la respuesta 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.

⁶ 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.

¿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 jueces⁷) la que considera ciertos criterios 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 comunidad⁸. 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 histórico⁹. Denominaré a esta tesis "realismo 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 (p. 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

⁷ 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 jueces, juegan obviamente un especial papel aquellos que conforman los órganos de más alto rango.

⁸ 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.

⁹ 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.

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, p. 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 presentación, 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 (p. 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 comunidad 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 anteriores¹⁰) consta, según entiendo, de dos tesis:

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.

¹⁰ Véase, por ejemplo, Moreso, J.J.: "La doctrina Julia Roberts y la objetividad del derecho", en Id.: *La Constitución: modelo para armar*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, pp. 175-181.

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*¹¹) y de paso a la afirmación del propio Tribunal Supremo de ese país cuando en *Lawrence vs. Texas*¹² 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 dependiera 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 *frankificada* del realismo¹³, 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 conjunto¹⁴.

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

¹¹ 478 U.S. 186 (1986).

¹² 539 U.S. 558 (2003).

¹³ Cfr. Leiter, B.: *Naturalising Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 25 ss.

¹⁴ Más exactamente, de lo que haga o diga la comunidad jurídica, en la que los jueces y tribunales tienen un papel destacado.

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, pp. 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 (especialmente 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-Moreso¹⁵.

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 centrado 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.

¹⁵ 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, pp. 183-203.

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 objetiva¹⁶; 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 aplicador¹⁷. 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 en discusión es cuál es la interpretación o interpretaciones que debemos dar a la cláusula constitucional contenida en el artículo 15 de la Constitución española¹⁸. 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 conocida¹⁹, entre la pertenencia de una norma al 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

¹⁶ 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.

¹⁷ 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, pp. 31-2.

¹⁸ 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.

¹⁹ Vid. Bulygin, E.: "Time and Validity", en Aarnio, A. (ed.): *Deontic Logia, 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.

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 Himma²⁰.

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 vender²¹. En este punto, Moreso se apoya en un argumento de Dworkin²² para rechazar esa posibilidad. Así, considera inadecuada 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 (p. 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]

²⁰ 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, pp. 149-218; Id.: “Final Authority To Bind With Moral Mistakes: On The Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism”, en *Law and Philosophy*, 24, 2005, pp. 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, pp. 95-121.

²¹ 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.

²² Dworkin, R.: “Constitutional Cases” en Id.: *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 142, nota 1.

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 sanción²³. 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 pasa con el propio Tribunal Constitucional? El argumento de Moreso inicia y concluye (vid. p. 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

²³ Dejando aquí a un lado el tratamiento teórico que corresponda dar a las normas de conducta que no prevén sanciones para su incumplimiento.

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 (p. 15) 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.

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 (pp. 16-17) que

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. 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 cognoscitismo 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 (p. 17):

(...) si nuestras discrepancias jurídicas pudieran versar sobre cualquier cosa, sería legítimo preguntarnos cómo es posible que el derecho rijan 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 rijan 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 Neurath²⁴, 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 rijan 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.

²⁴ 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.

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, p. 17):

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.

Respecto de 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 jurídico-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).