

El sentido del Derecho

Manuel Atienza

Ariel
DERECHO

A Juan, a Luis y a Miguel

Presentación

Doy por sentado que muchos de mis colegas filósofos del Derecho verán con extrañeza el título puesto a este libro: «El sentido del Derecho». A algunos les parecerá que tiene resonancias metafísicas inevitables e indeseables, y que el uso de ese lenguaje (o de ese término: «sentido») sugiere una aproximación a una cierta forma de entender la filosofía o la teoría del Derecho (como una actividad intelectualmente blanda y dada a la confusión conceptual) que debe evitarse a toda costa. Otros pensarán que detrás de ese título debería haber un cierto enfoque del Derecho que no es el que el lector puede encontrar en las páginas que siguen a éstas de presentación.

Dispongo sin embargo de varias razones para apartarme en este caso del presumible (o para ser leal con el lector, más que presumible) parecer de mis colegas. Una de ellas es que no se trata de un libro que haya escrito para que lo lean otros filósofos del Derecho (que, naturalmente, poco o nada tendrán que aprender en él); el público al que pretendo dirigirme está formado por estudiantes de Derecho, por juristas sin una especial formación teórica y por personas ajenas al mundo profesional del Derecho, pero interesadas en adquirir cierta formación jurídica de carácter básico. Otra razón es que la pregunta por el sentido del Derecho puede formularse, en mi opinión, de manera razonablemente clara, aunque eso no suponga, desde luego, sugerir que para ella exista alguna respuesta simple.

Tal y como yo veo las cosas, habría básicamente dos maneras distintas —pero conectadas entre sí— de entender qué se quiere decir con lo del «sentido» del Derecho: dos sentidos de «sentido». Por un lado, la pregunta busca una explicación del Derecho en cuanto fenómeno social e histórico; para ello se necesita, a su vez, contar con alguna respuesta a cuestiones muy básicas como las siguientes: por qué, y desde cuándo, existe el Derecho, en qué medida consiste en normas, qué relación guarda con la moral y con el poder, para qué sirve, qué funciones sociales cumple, cómo debería ser, qué objetivos y valores deben —y pueden— alcanzarse con él, cómo puede conocerse y de qué manera ha de construirse una ciencia jurídica, hasta qué punto consiste en una actividad argumentativa, cómo ha de entenderse su aplicación e interpretación. Por otro lado, cabe también preguntarse si el Derecho (o cierto tipo de Derecho) integra una práctica social valiosa, constituye un tipo de realidad que quizás sólo puede llegar a entenderse plenamente si se asume un determinado punto de vista, y una realidad que no está ahí simplemente para ser conocida, criticada o utilizada estratégicamente, sino para ser mejorada por los sujetos que forman parte de la misma. No pretendo ser grandilocuente, pero yo diría que ésta, o éstas, son las grandes preguntas de la filosofía del Derecho, y en torno a las cuales gira este libro. Lo que el lector puede encontrar en

él no es una respuesta profunda, ni tampoco novedosa, a esas cuestiones, pero creo que sí hay en estas páginas algunas indicaciones claras (o, al menos, ésa ha sido mi intención) que pueden ayudarle en esa tarea de *explicación* y de posible *comprensión* (desde dentro, asumiendo una actitud participativa) del Derecho.

Inicié la tarea de escribir este libro como si se tratara de la revisión de una obra anterior, *Introducción al Derecho*, publicada por la editorial Barcanova en 1985; pero el resultado es —me parece— un libro distinto. He aprovechado muchos materiales de aquella Introducción, pero algunos capítulos son completamente nuevos, otros los he construido sobre la base de varios de mis trabajos de los últimos años, y el enfoque general —e incluso el estilo: ahora más bien ensayístico— no coincide con el del primer libro, aunque quisiera creer que se trata de una profundización (y simplificación: estos dos últimos términos no son antagónicos) de lo allí tratado. El último capítulo, *Concepciones del Derecho*, constituye una reelaboración de un artículo escrito para la *Enciclopedia italiana*; agradezco a los editores de esta obra el permiso para que aparezca aquí.

Que el libro no vaya dirigido a filósofos del Derecho no significa que no deba mucho a algunos de ellos. Mis compañeros del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante: Juan Ruiz Manero, Josep Aguiló, Juan Antonio Pérez Lledó, Daniel González Lagier, Ángeles Ródenas, Isabel Lifante, Pablo Larrañaga, Victoria Roca, Macario Alemany, Juan Antonio Cruz y Roberto Lara, han contribuido de muchas maneras a hacer posible el libro y a que sea mejor de lo que de otra forma hubiera sido, y les estoy por ello (y por muchas otras cosas) agradecido. Con algunos he contraído además una especial deuda de agradecimiento que espero no quieran hacerse cobrar con mucha prontitud. Juan Ruiz Manero leyó el libro, especialmente los primeros capítulos, con el rigor y la agudeza que le caracterizan, y evitó la comisión de diversos errores (lo que no significa que se le puedan imputar los que hayan quedado); además, algunos de los planteamientos del libro provienen de trabajos que hemos realizado conjuntamente (pero con ello no pretendo tampoco sugerir que él esté de acuerdo con todas las tesis de fondo ni, quizás sobre todo, con la manera de exponerlas). Josep Aguiló me animó a embarcarme en la tarea de escribir este libro, me hizo multitud de sugerencias que me han sido de enorme valor y, en particular, me influyó decisivamente en la manera de enfocar no pocas cuestiones. Juan Antonio Pérez Lledó realizó un exhaustivo examen de toda la obra que ha tenido el efecto (después de corregir lo que había que corregir) de llenarme de tranquilidad. A Ángeles Ródenas le debo, sobre todo, algún añadido de importancia (con respecto a versiones anteriores del libro), como el que se refiere a la consideración de las normas como razones para la acción. E Isabel Lifante leyó con la empatía que acostumbra varias versiones anteriores del libro contribuyendo con ello a una mejora sustancial del conjunto de la obra.

Alicante, noviembre de 2000

Capítulo 1

Por qué el Derecho

La ubicuidad del Derecho

El Derecho es un fenómeno omnipresente en nuestras sociedades. Prácticamente no hay ninguna relación social que no esté, o pueda llegar a estar, regulada jurídicamente. Sin embargo, a diferencia del Rey Midas que convertía en oro todo lo que tocaba, el Derecho no convierte sin más en jurídico todo aquello por lo que se interesa. Lo jurídico es solamente un aspecto de lo social (que, según los casos, tiene una mayor o menor relevancia), pero eso sí, del que no podemos prescindir si queremos entender algo del mundo que nos rodea.

Para comprobarlo, basta con examinar un diario de un día cualquiera. El que ahora tengo a mano —del último día del año 1999— contiene como noticias más destacadas las siguientes: “Los piratas aéreos siguen inflexibles al cumplirse una semana del secuestro”; “un retén de 35.000 personas se enfrenta esta noche en España al ‘efecto 2000’”; “una juez de Barcelona admite el uso terapéutico del hachís y absuelve a un detenido”; “la tarifa eléctrica para particulares bajará el 2,1 % el próximo año”; “rusos y chechenos combaten casa a casa en el frente de Grozni”; “el obispo Uriarte culpa a ETA y al Gobierno del fracaso del diálogo”... Pues bien, algunas de esas informaciones tienen un cariz jurídico manifiesto: el secuestro de una aeronave es un delito, esto es, un acto contrario al Derecho penal, como también lo es el tráfico de drogas (pero no el consumo: en eso se basa la sentencia de absolución de un enfermo de cáncer que había sido detenido con cierta cantidad de hachís). Pero también en las otras hay un aspecto jurídico relevante: el Derecho podría haber contribuido a paliar las consecuencias del famoso —e inexistente— “efecto 2000”: los usuarios de los servicios afectados hubieran quizás podido obtener una indemnización por los daños que se les hubiera causado. La medida económica de bajar la tarifa eléctrica es consecuencia del poder jurídico que tiene el Gobierno —el Consejo de Ministros— para actuar en ese campo. La guerra es un fenómeno regulado, al menos parcialmente, por el Derecho: existen normas —de Derecho internacional— que determinan cuándo la participación en un conflicto bélico es legal (o ilegal), y normas sobre cómo hacer la guerra, por ejemplo, sobre cómo tratar a los prisioneros o a la población civil: ni siquiera en la guerra es admisible el “todo vale”. Y, en fin, el Derecho también está presente en una actividad típicamente política como la protagonizada por el obispo (en cuanto mediador), el Gobierno y la organización terrorista: el “diálogo” al que se hace referencia —o el resultado del mismo— no es —no puede ser— ajeno al Derecho: la liberación de los presos de ETA o la modificación de su situación penitenciaria no puede hacerse si no es mediante instrumentos jurídicos (concesión

de indultos, disposiciones administrativas...), y las reivindicaciones independentistas suponen, entre otras cosas, cambios en la Constitución (en el texto de la Constitución o en su interpretación) y en el Estatuto de Autonomía.

Si de lo que resulta “noticiable” en un periódico pasamos a los acontecimientos que configuran nuestra existencia cotidiana, al Derecho nos lo seguimos encontrando por todas partes: cada vez que tomamos un autobús (y efectuamos un contrato de transporte), que formalizamos una matrícula para estudiar en la Universidad (de acuerdo con ciertas normas de Derecho administrativo —si se trata de una Universidad pública), que compramos algo, que pagamos un impuesto o que nos imponen una sanción de tráfico. Hasta tal punto están juridificadas nuestras sociedades que, con frecuencia, lo que en principio aparece como alternativas al Derecho resulta ser simplemente otra forma de Derecho. Por ejemplo, se habla de “parejas de hecho” (contraponiéndolas a las “parejas legales” o “de Derecho”), pero en general se hace para reclamar que también ellas tengan una protección jurídica: esto es, no se trata de una alternativa al Derecho, sino de un Derecho alternativo al establecido, que no discrimine por razón de la orientación sexual de los individuos, de la circunstancia de que la unión se haya o no formalizado de cierta manera, etc. Y —otro ejemplo— la crisis de la administración de justicia está dando lugar en los últimos tiempos a un uso cada vez mayor de formas de resolución de conflictos como el arbitraje, la mediación o la negociación; pero, de nuevo, se trata sólo de alternativas al mecanismo judicial, no al Derecho sin más: esos procedimientos están, en parte, regulados jurídicamente; se negocia “a la sombra” del Derecho, esto es, básicamente teniendo en cuenta lo que resolvería un tribunal de justicia si el caso llegara ante él (piénsese en las negociaciones en caso de divorcio); los negociadores, mediadores o árbitros suelen ser personas con formación jurídica que, por tanto, aplican formas de proceder típicamente jurídicas, etc. Por lo demás, lo que normalmente consideramos como sociedades más desarrolladas son también las que hacen un mayor uso de los instrumentos jurídicos.

El Derecho y el progreso

¿Son nuestras sociedades progresivas?

La ubicuidad del Derecho es, cabría decir, un hecho aplastante del que, sin embargo, no siempre somos conscientes. Como consecuencia de ello, tampoco solemos plantearnos cuestiones como la de por qué existe el Derecho o si está bien que exista, esto es, si nuestras sociedades son o no mejores por el hecho de estar organizadas jurídicamente.

Esta última cuestión es, en realidad, sumamente compleja o, si se quiere, oscura. Para contestarla necesitaríamos saber con cierta precisión qué debe entenderse por “Derecho” y por “sociedad justa”, qué funciones sociales cumple el Derecho, o cuáles son las alternativas que existen frente al mismo. Por el momento

—hasta que no dispongamos de alguna contestación a todas esas cuestiones—, no estará de más mostrar que la pregunta es pertinente y que no puede despacharse sin más con una apelación al progreso. Hoy (pero no siempre ha sido así) tendemos a pensar que la evolución de nuestras sociedades es progresiva, que nuestra vida es mejor que la de nuestros antepasados y que, por tanto, si nuestras sociedades —sobre todo, las más desarrolladas— se caracterizan por la importancia creciente del Derecho (o del mercado), entonces estos últimos son también hechos progresivos, positivos.

Sin embargo, las cosas no son tan simples. De entrada, no es tan fácil saber en qué consiste exactamente el progreso y cómo medirlo, en relación con qué factores: el progreso —lo que quiera que sea— no parece haber seguido ininterrumpidamente una trayectoria lineal, no afecta por igual a todas las sociedades, ni tampoco a todos los individuos que viven en una misma sociedad. Además, la idea de progreso parece tener múltiples facetas: se habla de progreso económico, técnico, científico, moral, cultural, civilizatorio... ¿No podría ocurrir que las sociedades —nuestras sociedades— fuesen progresivas cuando se las considera desde una perspectiva, pero no desde otras? Por ejemplo, podemos dar por indiscutida la existencia de progreso científico y tecnológico (el hecho de que *se* sepan —en impersonal— más cosas sobre el mundo natural y social y sobre cómo usar ese saber para modificarlos), pero eso no es señal inequívoca de una evolución positiva en términos individuales o sociales; no es señal de que vivamos en una “civilización superior”: nuestra vida como individuos no es necesariamente mejor —más rica, más plena o más feliz— simplemente porque dispongamos de un automóvil, de calefacción central o de una conexión a internet; y, sobre todo, nuestras sociedades no están necesariamente mejor organizadas —no son más justas— después de la Revolución industrial y en plena era de la información y de la globalización. El progreso tecnológico y científico significa un enorme potencial de liberación humana, pero no está nada claro que hayamos sido capaces de sacar partido de ello. Es más, habría que reconocer que, en no pocos aspectos, sociedades con un grado de desarrollo tecnológico muy precario —“sociedades primitivas”— resolvieron mejor que nosotros problemas básicos como el de la integración social: su “Derecho penal” era mucho menos desarrollado que el nuestro, pero también menos cruel y más eficiente.

¿Vivimos en una sociedad justa?

Por ejemplo, los indios cheyennes —los “salvajes” de las películas del Oeste — castigaban la muerte de un miembro de la tribu a manos de otro simplemente con pena de destierro de uno a cinco años. El “juicio” por parte del consejo de la tribu iba acompañado de una ceremonia de purificación (el homicidio era considerado un pecado que afectaba a toda la tribu) en la que participaban todos los miembros, a excepción del homicida y de su familia; con ello se lograba no sólo evitar la venganza, nuevos derramamientos de sangre o un castigo cruel (como sin duda es la pena de prisión —no digamos la capital— usual en nuestros Derechos),

sino también reforzar los vínculos sociales en momentos críticos [Hoebel, 1979, p. 158].

Naturalmente, éste y otros datos referentes al equilibrio entre la libertad de acción del individuo y la necesidad de velar por el bienestar de la tribu (lo que apelando a la filosofía política actual llamaríamos entre “liberalismo” y “comunitarismo”) que, al parecer, caracterizó a la sociedad cheyenne, no tiene por qué llevarnos a pensar que la vida de esos indios de las praderas norteamericanas haya sido superior —preferible— a la de las sociedades que llamamos desarrolladas o avanzadas. En realidad, un juicio semejante (la comparación entre dos o más formas de vida) no puede hacerse desde el vacío, sino en relación con cierto sistema de valores (el propio de quien emite el juicio) y teniendo en cuenta las condiciones de desarrollo de cada cultura. Eso explica que pocos de nosotros estaríamos dispuestos a cambiar nuestra vida por la de un cheyenne (incluso cuando no habitaban en una reserva), de la misma manera que no es de suponer tampoco que ellos se sintieran muy a gusto llevando la existencia típica —pongamos— de un individuo de clase media de una de nuestras ciudades. Sin embargo, lo que sí tiene sentido afirmar es que, de acuerdo con la noción de “sociedad justa” que muchos miembros de la cultura occidental comparten (una asociación que procura el bienestar, la libertad y la igualdad de los individuos que la integran), la organización social de los cheyennes —dadas las circunstancias de gran adversidad en que se desarrolló— ha sido más racional —más justa— que la de la mayor parte de las sociedades contemporáneas.

Es ciertamente difícil pensar que el nuestro es un mundo mínimamente bien ordenado, un mundo justo. Aun dejando a un lado el hecho de que el siglo XX ha sido el más violento de la historia, ¿cómo no considerar radicalmente injusta una situación en la que se dispone de recursos suficientes —a nivel planetario— para satisfacer las necesidades básicas, y menos que básicas, de todos cuantos lo habitamos, pero la mayor parte de la humanidad carece de lo más imprescindible: uno de cada cinco habitantes del planeta pasa hambre y más de la mitad son pobres? Además, incluso en las sociedades capitalistas más opulentas, la proporción de personas que no logran satisfacer sus necesidades básicas es muy alta y, al parecer, tiende a aumentar, al tiempo que aumentan también las diferencias entre ricos y pobres. Las cifras de la población reclusa son también un índice elocuente del carácter menos que deficitario de nuestro “orden social”: en Estados Unidos hay hoy dos millones de reclusos (y otros seis millones de personas que han pasado por la cárcel), y en Europa occidental la situación es menos escandalosa —sin duda, algo tiene que ver con ello la existencia del Estado social—, pero tampoco es como para echar las campanas al vuelo: en España, la población reclusa asciende a unas 45.000 personas (un porcentaje algo así como 10 veces inferior al de los Estados Unidos), lo que significa aproximadamente que se ha doblado en el transcurso de los últimos 20 años.

En resumidas cuentas, las sociedades pueden hacerse, en diversos sentidos,

más complejas sin que ello signifique que son más justas; la mayor presencia del Derecho, de instrumentos jurídicos, para gobernar la conducta de los hombres en la sociedad no lleva necesariamente aparejado un orden social de tipo superior.

La hipótesis del no Derecho

Seguramente, una reflexión parecida a la anterior (la conciencia de vivir en una sociedad profundamente injusta) es lo que debe haber llevado a autores de muy diversas épocas a hipotizar la existencia de una Edad de Oro primigenia en la que los hombres vivían en un estado de libertad y armonía natural que no hacía necesario el establecimiento de instituciones que, como el Derecho, llevan aparejado el ejercicio del poder, el uso de la coerción de unos hombres sobre otros. Ejemplos de ello los encontramos en la Biblia (el relato del paraíso terrenal), en muchos autores clásicos como Hesíodo, Ovidio, Virgilio o Séneca, y también en un pasaje de *El Quijote* en el que, después de ponderar la andante caballería “que todas las cosas iguala”, don Quijote se dirige a unos cabreros que le habían acogido, en estos términos: “Dichosa edad y siglos aquellos a quien los antiguos pusieron nombre de dorados [...] porque entonces los que en ella vivían ignoraban estas dos palabras de *tuyo* y *mío*. Eran en aquella santa edad todas las cosas comunes [...] Todo era paz entonces, todo amistad, todo concordia [...] No había el fraude, el engaño ni la malicia mezcládose con la verdad y llaneza. La justicia se estaba en sus propios términos, sin que la osasen turbar ni ofender los del favor y los del interés, que tanto ahora la menoscaban, turban y persiguen; la ley del encaje aún no se había sentado en el entendimiento del juez, porque entonces no había qué juzgar, ni quien fuese juzgado...”.

El ideal de sociedad que postularon los anarquistas y los marxistas en el siglo XIX y en el XX viene a ser, en cierto modo, una versión de ese mito de la Edad de Oro, pasado por la ideología del progreso: la existencia de esa edad venturosa no es así cosa del pasado, sino del futuro. Y si el futuro lo situamos no en el más acá, en la tierra, sino en el más allá, en los cielos, el mito adquiere tintes religiosos: el pecado original, en la religión cristiana, supone la pérdida del paraíso terrenal, la aparición del mal en el mundo y, con ello, el surgimiento del Derecho y del Estado; muchos autores cristianos dedujeron de ahí la necesidad del uso de la coerción en este mundo, mientras que la verdadera justicia quedaba aplazada al otro mundo, al reino de los cielos.

Marxismo y Derecho

En el caso del marxismo, la idea central es que existe una lógica del desarrollo social y que la clave para comprender cada tipo de sociedad se encuentra en el modo de producción, esto es, en la manera como los hombres se ganan la vida, y en el tipo de relaciones sociales que establecen entre sí a este respecto; se distinguen así, como momentos de una sucesión no ya sólo de tipo cronológico, sino “lógico”: el modo de producción de las comunidades primitivas,

el modo de producción asiático, el modo de producción antiguo o esclavista, el modo de producción feudal y el modo de producción capitalista. El Derecho y el Estado no habrían existido siempre. Surgen históricamente cuando aparecen las clases sociales, lo que ocurre con el modo de producción asiático o de despotismo hidráulico, esto es, la forma de organización social del Antiguo Egipto o de Mesopotamia y, hasta hace poco, de China o de la India, y dejarán de existir cuando se pase de la sociedad capitalista a la sociedad comunista que de nuevo (como ocurría en las comunidades primitivas) es una sociedad sin clases sociales y sin conflictos. “Una vez que en el curso del desarrollo —se puede leer en el *Manifiesto comunista* de Marx y Engels, escrito en 1847— hayan desaparecido las diferencias de clase y se haya concentrado toda la producción en manos de los individuos asociados, el poder público perderá su carácter político.” Para Marx y Engels, el poder político es la violencia organizada de una clase para la opresión de otra y dejará de existir (como el Derecho) cuando en sustitución de la antigua sociedad burguesa, con sus clases y sus antagonismos de clase, surja “una asociación en la que el libre desarrollo de cada uno será la condición del libre desenvolvimiento de todos”. En una de sus últimas obras, *Crítica del Programa de Gotha* (de 1875), Marx escribió que en la fase superior de la sociedad comunista, “cuando con el desarrollo de los individuos en todos sus aspectos, crezcan también las fuerzas productivas y corran a chorro lleno los manantiales de la riqueza colectiva” se podrá por fin “rebasar totalmente el estrecho horizonte del Derecho burgués, y la sociedad podrá escribir en su bandera: ¡De cada cual, según su capacidad, a cada cual, según sus necesidades!”.

Ahora bien, ¿es plausible la hipótesis marxista o la de los anarquistas o la de cierto tipo de cristianismo como el de Tolstoi que propugnaba la vuelta a las primeras comunidades cristianas? El anarquismo como concepción política no parece gozar hoy de muy buena salud, a no ser en la forma degenerada de cierto neoliberalismo extremo que se caracteriza por abominar de todo lo estatal; pero, obviamente, el ideal de liberación humana que tradicionalmente ha sostenido el anarquismo y que se basaba en la creencia —como en el caso de Godwin [1945]— en que la cooperación voluntaria y la educación permitirían abolir todo tipo de leyes, poco tiene que ver con el de los ideólogos neoliberales de extrema derecha que a lo único a que aspiran es a sustituir el Estado por el mercado. El cristianismo sigue siendo sin duda una ideología al alza, pero lo que está en alza no es precisamente un proyecto como el de Tolstoi. Y el marxismo parece haber sido completamente barrido de la escena, después de la caída del muro de Berlín y del final de la URSS. Hoy tiende a considerarse como una concepción periclitada del mundo, lo que no deja de ser un tanto sorprendente si se piensa que durante una buena parte del siglo XX funcionó como una de las dos o tres grandes ideologías que “movían” el mundo. Desde luego, no faltan razones para poner en tela de juicio muchos aspectos de la filosofía marxista; por ejemplo, su concepción de la historia —que, en realidad, es una concepción religiosa— según la cual, el advenimiento del comunismo tiene un carácter inevitable, lo cual, entre otras cosas, llevó fatalmente a quitar importancia a la cuestión de los medios para llegar

a ese fin último. Pero hay muchas otras tesis que sería quizás precipitado —o algo peor— dar por refutadas simplemente a la vista del fracaso de los sistemas comunistas; al fin y al cabo, también el cristianismo (para poner un ejemplo de ideología afín en muchos aspectos al marxismo) ha producido a lo largo de la historia algún que otro desastre (la inquisición, las cruzadas o las guerras de religión son sólo algunos ejemplos) que, sin embargo, no ha acabado con él. Parecería, por ejemplo, que no hay razón para abandonar sin más las tesis marxistas que no tienen carácter escatológico, y que ni siquiera pretenden transformar el mundo sino explicarlo. Una de ellas es la idea de que el Derecho surge del conflicto entre clases sociales y que, en consecuencia, es un fenómeno histórico que acompaña únicamente al desarrollo de cierto tipo de sociedades. ¿Es eso cierto? ¿Han existido —o existen— realmente sociedades sin Derecho?

¿Sociedades sin Derecho?

Volvamos al caso de los cheyennes, que fueron un pueblo de cazadores y recolectores en el que no cabría hablar propiamente de clases sociales y donde hubo un sistema de propiedad privada, pero muy limitado: en principio, con excepción de la tierra y de los fetiches de la tribu, los bienes materiales podían ser objeto de apropiación privada, pero existía la obligación de compartirlos con los demás. ¿Existió realmente un *Derecho* de los cheyennes? Como hemos visto, en esa sociedad estaban en vigor normas que prohibían y sancionaban el homicidio, así como otros tipos de conductas violentas o, en general, contrarias a los intereses de la comunidad. Ahora bien, la base de todas esas prescripciones tenía un carácter religioso, lo que no ocurre con nuestros sistemas jurídicos —los de las sociedades occidentales—, que se basan en la separación entre el Derecho y la religión: los cheyennes creían que el hombre está subordinado a fuerzas sobrenaturales y a espíritus de naturaleza benevolente; la muerte de un cheyenne por otro contaminaba al homicida, pero también a los fetiches de la tribu: hasta que éstos no fueran purificados, la mala suerte perseguiría a la tribu. Por otro lado, existían también autoridades elegidas regularmente (el consejo de la tribu y los jefes de las sociedades militares en las que se integraban todos los guerreros) con poder para cambiar o adaptar las normas a las nuevas circunstancias y para aplicarlas en casos de conflicto o de incumplimiento de las mismas, pero naturalmente esas autoridades diferían en diversos aspectos de los cuerpos legislativos, ejecutivos y judiciales de nuestros sistemas: por ejemplo, entre los cheyennes no había propiamente un órgano legislativo, ni tampoco división de poderes (entre el ejecutivo y el judicial), ni códigos o juristas profesionales. ¿Tiene sentido hablar de Derecho en esas circunstancias?

Los juristas suelen repetir un adagio procedente del Derecho romano, según el cual, donde hay una sociedad hay también un Derecho (*ubi societas ibi ius*). Pero no parece que haya ninguna razón convincente para aceptarlo sin más. Una cosa es que pueda decirse que donde hay una sociedad —por poco desarrollada que esté— existen también normas y sanciones; por ejemplo, no es imaginable una

sociedad que no establezca alguna prohibición frente al empleo de la violencia (aunque la prohibición no alcance a todos los miembros ni a cualquier tipo de acto violento) y sanciones frente a los infractores (aunque no se trate más que de un reproche social difuso); si no fuera así (y dado que no podemos imaginar circunstancias que eliminen de raíz la posibilidad de actuar violentamente), un grupo humano simplemente no podría perdurar. Pero otra cosa es que a esas normas y a esas sanciones las llamemos jurídicas; como veíamos al comienzo, el Derecho es un aspecto de la sociedad, no la sociedad sin más, y de ahí que solamos distinguir entre normas jurídicas, religiosas, morales, del trato social, costumbres... ¿Por qué considerar que las normas que ponen algún límite a la violencia (o que prohíben el incesto o el adulterio) son jurídicas y no meras costumbres, normas morales o religiosas?

¿Qué es el Derecho?

No hay en realidad una manera expeditiva de contestar a esta pregunta, pues para ello necesitaríamos partir de un concepto inequívoco de lo que es Derecho (y de lo que no es), y está lejos de existir un consenso al respecto. Por ejemplo, los autores marxistas y muchos juristas pondrían como condición necesaria para hablar de Derecho la existencia de un Estado y de autoridades centralizadas, esto es, de un aparato que monopoliza el uso de la fuerza física. Pero esto no sería aceptable para muchos antropólogos. Bronislaw Malinowski, en un famoso trabajo de los años 20 (*Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*) que algunos consideran como el nacimiento de la antropología jurídica, sostuvo que eran jurídicas todas aquellas normas que se conciben y aplican como obligaciones vinculantes; pero para que existan esas obligaciones vinculantes, basta con que se dé una relación de reciprocidad, esto es, con que exista alguna presión por parte del grupo, lo cual puede darse sin necesidad de autoridades. Por lo demás, todos los antropólogos no están de acuerdo con esta última tesis, sino que entre ellos reina una situación de verdadera disputa al respecto: la cuestión de cuándo empieza a haber Derecho no es ni mucho menos pacífica, aunque, en general, puede decirse que los antropólogos tienden a sostener conceptos más amplios de Derecho de lo que es usual encontrar entre los juristas.

A pesar de esta dificultad, existe quizás un procedimiento que permite llegar a una respuesta razonable a la cuestión planteada. Consistiría en averiguar cuáles son los rasgos sobresalientes que caracterizan a lo que normalmente solemos llamar "Derecho", y comprobar luego hasta qué punto esos elementos están o no presentes en todos los otros tipos de sociedad. Pues bien, si partimos de lo que usualmente consideramos que es un sistema jurídico (por ejemplo, el Derecho español actual), podemos convenir en que el mismo está formado no solamente por normas de conducta que establecen prohibiciones, obligaciones o permisos; al fin y al cabo, también la religión, la moral o la costumbre producen una regulación de la conducta humana en esos términos. Lo privativo del Derecho parece estar en la existencia de órganos públicos, de autoridades, de varios tipos.

Por ejemplo: autoridades (legislativas o administrativas) que tienen poder para establecer o modificar normas de conducta que son vinculantes para los otros miembros del grupo; autoridades (judiciales) que tienen poder para aplicar esas normas a los casos en disputa y para resolver los conflictos en forma vinculante para las partes; autoridades (policía en sentido amplio) con poder para hacer cumplir las anteriores decisiones recurriendo en último término al ejercicio de la fuerza física.

En el caso de la sociedad de los cheyennes, dado que en la misma parecen existir órganos al menos de los últimos tipos, tendría sentido hablar de Derecho; si se quiere, para marcar la diferencia con nuestros sistemas jurídicos, podríamos emplear expresiones como “Derecho rudimentario”, “Derecho primitivo” o alguna otra semejante. ¿Pero puede decirse lo mismo de todas las sociedades? ¿Qué ocurriría si nos encontráramos con que existen —o han existido— sociedades en las que no hay ni legisladores, ni jueces, ni policía, ni ningún tipo de autoridad permanente? ¿Tendría sentido en tal caso seguir hablando de un orden jurídico?

Normas y autoridades

Tomemos el caso de los esquimales, que son considerados por los antropólogos como uno de los pueblos más primitivos. Viven —o vivían— fundamentalmente de la caza y de la pesca, a lo largo de una extensísima franja (unos 10.000 km) en el Ártico. Están organizados en grupos locales muy pequeños que suelen integrar a una docena de familias que, en total, raramente superan los 100 individuos. No existe entre ellos ningún tipo de autoridad constituida de manera permanente. En cada grupo hay un jefe, pero éste no es más que un *primus inter pares*; no hay ningún procedimiento reglamentado de elección —el jefe es casi siempre el cazador más diestro— y se ocupa esa posición únicamente mientras los otros acepten sus juicios y opiniones.

Ahora bien, la falta de autoridades —de un poder personal de un hombre sobre otro— no significa que no existan disputas entre los miembros del grupo o entre miembros de distintos grupos. Al parecer, surgen con cierta frecuencia y suelen tener una motivación sexual. El ideal de realización de los varones (las mujeres —como ocurre en muchas sociedades primitivas— ocupan un lugar socialmente subordinado) es tener éxito en obtener comida y mujeres. Lo primero no parece provocar demasiados conflictos; los esquimales consideran que nadie debe tener más de lo que puede usar, de manera que el prestigio se obtiene no simplemente por poseer bienes (comida) sino por ser un benefactor público. Pero en relación con la posesión de las mujeres, son frecuentes las disputas por adulterio (que para los esquimales significa: tener relaciones sexuales con una mujer casada sin el consentimiento expreso o tácito del marido) o por la apropiación por la fuerza de la mujer de otro hombre. En algunos casos, el ofendido puede contentarse con desafiar al ofensor a un torneo de canciones, lo que ciertamente constituye un curioso mecanismo de resolución de conflictos; la reconciliación

entre vencedor y vencido no se produce propiamente estableciendo derechos y obligaciones (de ahí que sea difícil considerarlo como un procedimiento de tipo jurídico), sino que lo que se persigue es que los litigantes se sientan psicológicamente satisfechos; y, al parecer, ese espectáculo produce tal fascinación entre los que participan en el mismo como contendientes o como espectadores, que es usual que en el transcurso del mismo se olvide el origen de la disputa, lo que constituye un indicio claro de que el conflicto ha sido superado. Otras veces, los conflictos se resuelven mediante combates reglamentados en los que los contendientes luchan golpeándose con los puños o con la cabeza. Pero en muchos casos, el conflicto provoca la muerte del ofensor. La tasa de homicidios entre los esquimales es, al parecer, muy alta: en parte porque —como se acaba de ver— dar muerte a otro es una forma de resolver conflictos, y en parte porque —como consecuencia de la dureza de las condiciones de vida— se parte de que la sociedad no puede tolerar la existencia de miembros improductivos, lo que trae como consecuencia que se consideren justificadas formas de homicidio (como el infanticidio, el invalicidio, el senilicidio) y de suicidio (la asistencia al suicidio puede constituir incluso una obligación).

Ciertamente, todo lo anterior no significa que en la sociedad esquimal no existan límites frente al ejercicio de la violencia. Alguien que da muerte en una ocasión a una o a varias personas puede no sólo no sufrir ninguna desaprobación por parte del grupo, sino incluso ver cómo aumenta su prestigio. Pero esto no ocurre con el homicida reincidente, el cual es considerado como una amenaza social; el homicida se convierte en un enemigo público y es castigado con la muerte a manos de un agente de la comunidad; sin embargo, el ejecutor no es un órgano estable de la comunidad, sino alguien que ha obtenido la aprobación del grupo para actuar en ese caso, aprobación que es necesaria para que su acto no sea considerado como un nuevo homicidio que dé lugar a futuras venganzas.

En resumen, puede decirse que la sociedad esquimal es una sociedad anarquista, sin autoridades permanentes, tribunales, policía o normas escritas. ¿No parece entonces razonable decir que no existe aquí un orden jurídico, sino un orden social obtenido mediante normas (si se quiere, costumbres) de carácter moral o religioso?

El Derecho y el conflicto

Repasemos el camino que hemos recorrido hasta aquí. Empezamos constatando el carácter acusadamente jurídico de nuestras sociedades (mayor cuanto más “avanzada” es la sociedad). Luego vimos que eso no era necesariamente un dato positivo, en el sentido de que un mayor desarrollo jurídico —y, en general, una mayor complejidad social— no significa necesariamente una sociedad mejor ordenada, más justa. Nos planteamos a continuación si el Derecho es un fenómeno que ha estado presente en todos los tipos de sociedad y llegamos a la conclusión de que no: en relación con los esquimales (y los antropólogos están

de acuerdo en que no son un caso único: otro tanto podría decirse de muchas otras “sociedades primitivas” existentes hoy en día o en el pasado), no tiene mucho sentido hablar de Derecho, dado que no encontramos allí ninguna de las instituciones que parecen ser características de los sistemas jurídicos evolucionados. En otros casos (como el de los cheyennes), cabría hablar de un Derecho rudimentario o primitivo, dado que existen esas instituciones (o algunas de ellas), aunque no estén conformadas exactamente como sus homólogas en las sociedades contemporáneas avanzadas.

Grados de juridicidad

Lo anterior sugiere la idea de que la juridicidad es algo graduable y de que cabría hablar de algo así como de una escala de juridicidad de las sociedades. Por ejemplo, algunos autores [Schwartz-Miller, 1964] han partido de que los sistemas jurídicos evolucionados se caracterizan porque en los mismos existen: 1) mecanismos de mediación o de heterocomposición de disputas, lo que implica la participación en la resolución de los conflictos de un tercero que no representa los intereses de ninguna de las partes; 2) tribunales: si, además de lo anterior, la decisión de ese tercero vincula a las partes; 3) policía, entendiendo por tal la utilización de una fuerza armada para hacer cumplir las normas; 4) juristas profesionales o abogados, esto es, personas que participan de manera regular en la resolución de las disputas asesorando a las partes, proponiendo determinadas interpretaciones de las normas, etc. A partir de aquí se podría hacer una clasificación de las sociedades (por su grado de juridicidad), según que no posean ninguna de esas instituciones, que posean algunas de ellas o todas ellas. Además, cabe construir una escala pues, casi sin excepciones, cada una de esas características es condición necesaria, pero no suficiente, para la siguiente: prácticamente no existen sociedades con tribunales en las que no haya también mediación; ni policía sin tribunales y mediación; ni abogados sin policía, tribunales y mediación. En definitiva, se podría decir que hay un grado cero de juridicidad, un grado uno (representado por la mediación), un grado dos (mediación más tribunales), un grado tres (mediación, tribunales y policía), un grado cuatro (mediación, tribunales, policía y abogados), un grado cinco (cuando aparece la legislación), etc.

Por otro lado, las sociedades con el mismo grado de juridicidad comparten muchos rasgos de carácter social, económico y cultural. Por ejemplo, las de grado cero, aquellas en las que no existe ni siquiera un procedimiento de mediación, son sociedades muy simples, formadas por pocos individuos, que carecen de escritura y de moneda, en las que no hay una especialización apreciable del trabajo y en donde los bienes son comunes. Por el contrario, las de grado cuatro o cinco, las que tienen un sistema jurídico evolucionado, son sociedades urbanas, con una economía agrícola desarrollada que da lugar a ocupaciones de tipo secundario y terciario y con escritura (sin leyes —normas escritas— es difícil concebir la existencia de juristas profesionales).

Conexión necesaria entre Derecho y conflicto

A donde nos lleva todo lo anterior no es exactamente a la tesis marxista (no es simplemente la existencia de clases sociales lo que genera la juridicidad y politicidad de las sociedades), pero quizás a una bastante próxima: el Derecho existe porque existe el conflicto o, mejor dicho (puesto que las sociedades no organizadas jurídicamente son también sociedades conflictivas), cierto tipo de conflicto: el que enfrenta no simplemente a individuos pertenecientes a la misma o a distintas sociedades, sino a grupos de individuos que forman parte de la misma sociedad. Ese conflicto parece haber existido siempre que se alcanza un cierto nivel de complejidad social y su solución —o apaciguamiento— requiere de la existencia de una o varias de las instituciones que caracterizan los diversos grados de juridicidad de que hemos hablado: la mediación, los tribunales, la policía, los abogados y la legislación; éstos son mecanismos para el tratamiento del conflicto que se vuelven tanto más complejos a medida que aumenta también la complejidad social.

Ahora bien, esta necesaria vinculación entre el Derecho y el conflicto no tiene por qué llevar a asumir una actitud que podríamos llamar pesimista sobre el Derecho. El Derecho no es necesariamente un mal (aunque algunos Derechos o el uso que se hace de ellos sí lo sean), como tampoco es un mal la medicina (aunque cierto tipo de medicina o la práctica de la medicina por ciertos profesionales pueda verse también como un mal). Si se quiere, el mal en cada caso está representado por el conflicto (el mal social) o por la enfermedad (el mal natural); pero ni siquiera esos parecen ser males absolutos: de la misma manera que hay razones para sentir espanto ante la posibilidad de que pudiéramos ser inmortales, no deja de ser inquietante la idea de una sociedad sin conflicto y, por tanto, sin Derecho. La existencia del Derecho no asegura una ordenación justa de la sociedad (y un mayor grado de juridicidad no es tampoco señal de mayor justicia), pero en las sociedades complejas, en las que existen innumerables fuentes de conflicto, no hay alternativas al Derecho; la solución —cabría decir— no está en algo distinto al Derecho, sino en un Derecho de otro tipo; no en una alternativa al Derecho, sino en un Derecho alternativo.

Es bien significativo, en este último sentido, el hecho de que tanto las utopías (desde Platón a Marx) como las antiutopías (como las de Huxley o las de Orwell en el siglo XX) coinciden en ofrecernos modelos de sociedad en los que no hay propiamente lugar ni para el Derecho ni para los juristas. En su *República*, Platón preconizaba un gobierno de hombres (de los más sabios, de los filósofos) frente al gobierno impersonal de las leyes, del Derecho. Y en su famosa parodia *Rebelión en la granja*, Orwell presenta la transformación de un movimiento de liberación en un régimen tiránico como el paso de un sistema de legalidad a uno de arbitrariedad. La progresiva destrucción del Derecho, de los diez mandamientos que, como quizás el lector recuerde, los animales se habían dado en un primer momento, alcanza su máxima expresión con la transformación fraudulenta del

principio “todos los animales son iguales” en “todos los animales son iguales, pero unos son más iguales que otros”.

Capítulo 2

Pero qué es el Derecho

Una cuestión difícil

Contestar a la pregunta “qué es el Derecho” ha traído por la calle de la amargura a no pocos juristas, en especial, a los que estudian el Derecho desde un punto de vista muy general: los teóricos o los filósofos del Derecho. Como alguna vez se ha dicho, se trata de una situación bastante singular, que no encuentra parangón en otras disciplinas. Unos pocos párrafos —incluso unas pocas líneas— es todo lo que el lector de un tratado de Genética, de Antropología social o de Física suele encontrar —y parece necesitar— para enterarse de cuál es el objeto de esas disciplinas. ¿Por qué no ocurre lo mismo con el Derecho? ¿Cómo es posible que los juristas hayan considerado tradicionalmente —y sigan considerando— un problema definir lo que es el Derecho?

Ordenamientos no estatales

Si se reflexiona sobre la cuestión, es posible encontrar varias causas que explican esa situación de perplejidad. Una de ellas ha quedado ya expuesta —o sugerida— en el capítulo anterior. Dado que el Derecho es un fenómeno histórico, relativo a sociedades concretas, la juridicidad quizás no pueda aprehenderse a partir de propiedades muy abstractas, que prescindan del espacio y del tiempo. Por eso, si —como se hizo en el capítulo anterior— se parte del Derecho de las sociedades contemporáneas —exactamente, de las sociedades estatales—, entonces se elegirán como notas definitorias propiedades que quizás no se encuentren, o no se encuentren en el mismo grado o con la misma intensidad, en otros tipos de organización social: por ejemplo, en las sociedades primitivas, en la sociedad internacional, en las comunidades de creyentes o en las muchas asociaciones que regulan el comportamiento de sus integrantes con relativa independencia de las reglamentaciones estatales.

Lo indicado en el anterior capítulo permite hacerse una idea del problema que plantean las sociedades primitivas. Por un lado, la inexistencia (al menos en algunas de ellas) del tipo de conflicto social antes señalado hace innecesarias instituciones como la mediación, la jurisdicción, la policía o la legislación que —según habíamos convenido— caracterizan a la juridicidad. Por otro lado, hay en ellas una falta de diferenciación social (en relación con nuestras sociedades) que lleva a que no sea fácil separar los aspectos puramente jurídicos del resto de los elementos (morales, religiosos, consuetudinarios...) que contribuyen al orden social.

La discusión sobre si el Derecho internacional es o no un verdadero Derecho tiene que ver, esencialmente, con la inexistencia de un Estado mundial o, presentado de otra manera, con el hecho de que los destinatarios de sus normas no son, como en el caso del Derecho interno, personas individuales o colectivas sometidas a un poder superior, sino los propios Estados *soberanos*. Como consecuencia de ello, no existe en el orden internacional nada completamente equivalente (aunque existan instituciones semejantes) a lo que es una legislatura, una jurisdicción o una policía en el ámbito del Estado nacional. Eso confiere al ordenamiento internacional una indudable originalidad pero, naturalmente, no es razón suficiente para negarle por ello juridicidad. Más bien habría que decir que se trata de un sistema jurídico peculiar (en relación con el Derecho interno de los Estados): por ejemplo, las normas internacionales tienen esencialmente un origen convencional (los tratados entre los Estados o las costumbres —generadas por la propia práctica de los Estados); en lugar de mecanismos estrictamente jurisdiccionales, tienen una especial relevancia (como formas de resolución de conflictos “entre iguales” no sometidos a una autoridad) la negociación, la mediación y el arbitraje; y las sanciones más características no son aquí de tipo coactivo —aunque no falten del todo: piénsese en las represalias o en las guerras— sino que consisten más bien en medidas como la condena pública, el no reconocimiento de los actos de otro Estado, la atribución de responsabilidad internacional... Los internacionalistas parecen tener en definitiva razón cuando acusan a los que niegan juridicidad a su objeto de estudio de partir de un presupuesto falso: la identificación sin más del Derecho con el Derecho estatal.

Las dudas sobre la juridicidad del Derecho canónico, el ordenamiento de la Iglesia católica, se plantean también por su carácter de Derecho no estatal. En muchos aspectos, no cabe duda de que ese ordenamiento es semejante a los sistemas que consideramos plenamente jurídicos: sus normas guían efectivamente la conducta de sus destinatarios; existen autoridades legislativas y judiciales; muchos de sus cánones son equivalentes a las normas del Derecho estatal (por ejemplo, de acuerdo con el canon 1062.2 del vigente Código de Derecho canónico: “La promesa de matrimonio no da origen a una acción para pedir la celebración del mismo; pero sí para el resarcimiento de daños, si en algún modo es debido”); y abundan las sanciones (el libro VI está dedicado a las sanciones en la Iglesia), algunas de las cuales son idénticas (en cuanto a su contenido) a sanciones impuestas por el Estado (como, por ejemplo, la ya mencionada de resarcimiento de daños o la prohibición de residir en un determinado lugar o territorio). Sin embargo, las muchas similitudes de tipo técnico (que explican la influencia histórica del Derecho canónico en el Derecho del Estado) no pueden hacer olvidar la existencia de diferencias que no son meramente accesorias: los canonistas, por ejemplo, consideran que el núcleo esencial de ese Derecho lo constituye el Derecho divino, esto es, un conjunto de normas inmodificables, eternas, que provendrían del mismo Dios; su finalidad última se cifra nada menos que en la salvación de las almas; muchas de sus normas no pretenden regular simplemente las conductas externas de sus destinatarios, sino también las internas (el fuero interno); incluso

las que regulan la esfera externa pueden tener como contenido acciones que no son equiparables a aquellas por las que se interesa el Derecho del Estado (el canon 1172.1 dice así: “Sin licencia peculiar y expresa del Ordinario del lugar [el obispo], nadie puede realizar legítimamente exorcismos sobre los posesos”); y algunas de sus sanciones no son equivalentes a las sanciones estatales (por ejemplo, la excomunión) y, en todo caso, no pueden imponerse coactivamente (aunque no siempre ha sido así: durante mucho tiempo —en España hasta hace muy poco— el Estado ha actuado como el “brazo armado” de la Iglesia).

Ahora bien, además de las Iglesias, existe también una serie de grupos o de comunidades ajenas al Estado y que poseen ordenamientos que regulan con cierta eficacia el comportamiento de sus miembros (o ciertos aspectos del mismo). Un caso interesante es el de la comunidad gitana, que en nuestro país integra a más de medio millón de personas, y en toda Europa a unos 8 millones. ¿Cabe hablar de un sistema jurídico de los gitanos que estaría constituido por una serie de normas (de carácter consuetudinario) que regulan aspectos como la organización familiar o las sanciones que deben aplicarse frente a determinados tipos de actos? A diferencia de lo que ocurre (hoy) con el Derecho canónico (que regula conductas distintas a las del Derecho estatal), el problema aquí es que algunas de las normas de la comunidad gitana se oponen frontalmente al Derecho estatal, de manera que no es fácil reconocer validez simultáneamente a ambos ordenamientos. En muchos casos no tendría por qué haber conflicto: por ejemplo, aunque recientemente una sentencia de un tribunal catalán ha denegado una pensión de viudedad alegando que la persona en cuestión no estaba casada según las normas estatales, no parece que haya ninguna razón sólida para no reconocer efectos jurídicos a las bodas realizadas según el rito gitano. Pero algunas normas de tipo familiar entre los gitanos establecen una fuerte desigualdad a favor de los varones. Y, en relación con el Derecho penal, la llamada “ley gitana” se basa en la idea de la responsabilidad objetiva: cuando alguien ha resultado herido o muerto en una disputa, quien lo ha hecho debe pagar por ello, aunque no pueda ser considerado culpable. Más adelante, a propósito del “pluralismo jurídico”, volverá a plantearse esta cuestión.

Variedades de perspectivas

Otra de las causas que hacen difícil encontrar una respuesta satisfactoria a la pregunta de qué es el Derecho es el carácter enormemente complejo del fenómeno al que se alude con esa expresión. Incluso circunscribiendo el Derecho al Derecho estatal, no cabe duda de que se trata de una práctica social, de una institución o de un conjunto de instituciones, que nos envuelve a todos en general (a los ciudadanos o habitantes de un territorio en el que rige un determinado Derecho) y a algunos en particular (a los órganos encargados de su producción y aplicación, a los abogados, a los estudiosos del Derecho...). Es por ello perfectamente comprensible que, dada la variedad de perspectivas desde las que puede entrarse en contacto con esa práctica, existan también imágenes distintas de la misma.

Por ejemplo, los legisladores y los juristas al servicio de la Administración y del poder ejecutivo tienden lógicamente a ver en el Derecho, sobre todo, un instrumento para alcanzar ciertas metas de carácter político, económico, etc., es decir, metas que en sí mismas no son jurídicas. Sin embargo, los jueces, comprensiblemente, suelen adoptar respecto al Derecho una perspectiva más interna, más *moralista*, en el sentido de que, para ellos, el Derecho no puede ser un simple instrumento para fines externos sino, en cierto modo, un fin en sí mismo: lo que deben profesionalmente procurar los jueces es que sus decisiones resulten *conformes* con el Derecho. La visión del abogado se diferencia también bastante de las anteriores; su aproximación al Derecho es, cabe decir, de carácter esencialmente estratégico: el Derecho viene a ser para ellos algo así como las reglas de un juego que han de saber utilizar con habilidad para poder servir a los intereses de sus clientes.

Entre los estudiosos del Derecho hay, a su vez, una considerable variedad de perspectivas. Quienes elaboran lo que se denomina la “dogmática jurídica”, esto es, la ordenación de un sector del Derecho (por ejemplo, el Derecho penal, el Derecho civil, el Derecho administrativo...) con el propósito de suministrar criterios para facilitar su aplicación, interpretación y —eventualmente— modificación, adoptan una perspectiva sustancialmente semejante a la de los jueces, aunque más distante, menos interna y comprometida. Sin embargo, los científicos sociales (los sociólogos, los antropólogos, los psicólogos, los historiadores) estudian el Derecho, en general, desde un punto de vista más bien externo, no comprometido; simplificando un tanto las cosas, cabría decir que estos últimos se sitúan ante los fenómenos jurídicos como los espectadores de un juego en el que no participan y que contemplan a efectos de entenderlo (o de entender algún aspecto del mismo) y no de contribuir a su funcionamiento o a su modificación.

Además, las imágenes que se puedan tener sobre el Derecho varían considerablemente según cuál sea la rama o el sector específico desde el cual se contempla el fenómeno; así, es comprensible que quienes se interesan específicamente por el Derecho penal destaquen el elemento de la coacción estatal, mientras que éste no es el caso de quienes se ocupan del Derecho de los contratos, los cuales tenderán a ver en el Derecho un instrumento para hacer posible arreglos entre partes con intereses distintos; para estos últimos, el Derecho no es tanto un orden represivo cuanto un medio para obtener ciertos fines: un mecanismo de construcción social.

Incluso entre quienes se sitúan frente al Derecho desde una misma perspectiva profesional o desde el cultivo de una misma disciplina teórica suele haber también diferencias notables que pueden tener una base ideológica, histórica, etcétera. Por ejemplo, si nos preguntáramos de qué manera se ha visto —o se ve— el Derecho por parte de los filósofos o teóricos del Derecho, sería imposible dar una respuesta única. Es más, las respuestas son a veces tan

diferentes que hasta tendría sentido preguntarse si quienes las dan se están refiriendo a lo mismo. Tomemos como ejemplo tres conceptos clásicos del Derecho. Uno es el de Tomás de Aquino y otros muchos autores (a los que suele denominarse *iusnaturalistas*: en un capítulo posterior aclararemos qué quiere decir esto) que definió el Derecho —la ley— como la ordenación de la razón encaminada al bien común. Otro es el caso de Hans Kelsen, el jurista más importante del siglo XX, defensor de una concepción *positivista* del Derecho (el positivismo jurídico se contrapone a las teorías del Derecho natural), para el cual el Derecho vendría a consistir esencialmente en un conjunto de normas coactivas. Y el tercer ejemplo es el concepto de Derecho de Marx, según el cual, el Derecho (y el Estado) es un instrumento de dominación de una clase sobre otra, de unos grupos o individuos sobre otros. Pues bien, no parece desencaminado decir que mientras la definición de Kelsen podría verse como una contestación a la pregunta de cómo está estructurado el Derecho o de cuáles son los elementos que lo componen (las normas coactivas), la de Marx incide en una cuestión distinta (su definición sería una respuesta a la pregunta de para qué sirve el Derecho), y la de Tomás de Aquino parecería contestar más bien a la pregunta de cómo debería ser el Derecho o de cuándo un Derecho es justo (cuando la ordenación de la conducta atiende al bien común).

Las perspectivas desde las que la gente en general puede contemplar el Derecho son obviamente muy distintas y dependen de un gran número de factores. La posición social de un individuo (o de un grupo), su ideología, su profesión, etc., pueden llevarle a aproximarse más o menos a alguna de las visiones del Derecho señaladas. De todas formas, merece la pena remarcar que quienes viven bajo un sistema jurídico no contemplan a éste únicamente desde una perspectiva estratégica: la perspectiva de lo que se ha llamado “el hombre malo”, el cual considera únicamente cómo escapar de las sanciones jurídicas y, en general, cómo obtener el máximo provecho del orden jurídico. Muchos de los destinatarios de las normas jurídicas tienen, respecto de las mismas, una actitud de tipo moral, esto es, ven el Derecho desde la perspectiva del “hombre bueno” que considera el sistema jurídico como un orden justificado, el cual debe ser obedecido no simplemente por temor a las sanciones sino, esencialmente, porque en él se plasma el sustrato moral de una sociedad. Naturalmente, ese doble plano estratégico/moral no es necesariamente excluyente. La mayor parte de los individuos tiene una actitud estratégica con respecto a determinados aspectos del Derecho, de manera que, por ejemplo, raramente firmamos un contrato por razones morales, sino porque nos parece que ése es el medio para lograr alguno de nuestros intereses. Pero en relación con otros elementos del Derecho, nuestra actitud es de tipo moral: son, afortunadamente, pocos los que se abstienen de quitarnos la vida o de herirnos únicamente por el temor a recibir un castigo; y quienes se enfrentan a propósito de la cuestión de si el Derecho penal debe castigar a no el aborto o la eutanasia —o en qué casos sí o no— no lo hacen en general por cuestiones estratégicas —de intereses personales o colectivos—, sino básicamente por razones de naturaleza moral, porque con ello están defendiendo valores que

consideran de la máxima importancia.

Carácter práctico y valorativo del Derecho

Precisamente, otra seria dificultad para encontrar una respuesta a la pregunta que nos hacíamos proviene del carácter práctico y valorativo del Derecho. El Derecho es una forma de regular la conducta de la gente y ello envuelve necesariamente juicios de valor. Por ejemplo, si existen normas jurídicas que castigan el homicidio, las lesiones, determinados supuestos de aborto o las calumnias, ello implica indudablemente que el legislador valoró negativamente esas conductas; y, si el legislador es democrático, es de suponer que esos juicios de valor coinciden aproximadamente con los de la gente en general o con los de la mayoría. Y cuando un juez condena a alguien por haber cometido alguna de las anteriores acciones, esa condena supone no solamente que una determinada persona deberá pasar tanto tiempo en la cárcel, pagar una cierta cantidad de dinero en concepto de multa, etc., sino también un juicio de reproche por la conducta realizada que el juez dirige al condenado en nombre, en cierto modo, de toda la comunidad. Dicho de otra manera, nuestro interés por el Derecho no es solamente de carácter cognoscitivo, sino —y, muchas veces, sobre todo— práctico y valorativo: si nos interesa saber que en el Derecho español las anteriores conductas constituyen delitos no es tanto (o no es sólo) porque de esa forma podemos entender un aspecto de la realidad (podemos atribuir sentido a ciertas acciones de jueces, abogados, funcionarios de prisiones o ciudadanos), sino también (sobre todo) porque con ello podemos guiar nuestra conducta (sabemos qué debemos o qué no debemos hacer si queremos evitar un proceso penal), y podemos también mostrar aprobación o rechazo frente a las acciones de quienes establecieron esas normas, de quienes las interpretan y aplican y de quienes las cumplen o incumplen.

Pues bien, esas connotaciones prácticas y valorativas están muchas veces presentes en la pregunta “¿qué es el Derecho?” y dificultan, consiguientemente, la respuesta a la misma. Kant, por ejemplo, definió el Derecho como “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio del uno puede conciliarse con el arbitrio del otro, según una ley general de libertad”. O sea, para Kant, el Derecho es aquello que hace posible la libertad de todos. ¿Pero se trata —podría uno preguntarse— de una definición *descriptiva* o *prescriptiva* del Derecho? ¿Se está refiriendo Kant a lo que es o a lo que debe ser el Derecho? Y, en todo caso, ¿podemos realmente separar con claridad (o separar en todos los contextos) lo que es y lo que debe ser el Derecho, los juicios descriptivos y los prescriptivos? En un capítulo posterior se volverá a plantear ese problema. Pero por lo pronto, no estará de más reparar en que este tipo de dificultad no se aplica a la Genética, a la Física o a la Antropología social: no tiene sentido plantearse si la estructura del ADN es o no la que debería ser, y otro tanto cabe decir de los electrones o del tabú del incesto (si lo que se pretende hacer es antropología social y no, por ejemplo, crítica moral).

En fin, otra explicación a la dificultad para encontrar una respuesta a la pregunta de qué es el Derecho —y que se conecta con todo lo anterior— tiene que ver con el concepto de definición y con sus límites. Al fin y al cabo, quizás sea excesivo pretender que algo relativamente tan simple como una definición pueda resolver todos los problemas que, como hemos visto, envuelve la pregunta que nos ha traído hasta aquí. En una de las obras cumbres de la teoría del Derecho del siglo XX, *El concepto de Derecho* (de 1961), su autor, Herbert Hart, llegaba precisamente a esta conclusión: la respuesta a la pregunta qué es el Derecho resulta demasiado compleja para poder ser encerrada en una simple cláusula definitoria. Veamos por qué.

Las definiciones en el Derecho

Para empezar, conviene advertir de que “la definición de definición” no es una cuestión pacífica. Existen diversas formas de entender las definiciones y diversos usos de las mismas, de todo lo cual podemos encontrar ejemplos en el Derecho. Empecemos pues con un análisis de las definiciones *en* el Derecho, como paso previo para llegar a la definición *de* Derecho.

Definir, en principio, es una operación mediante la cual se describe, se especifica, se aclara o se establece el significado de una expresión lingüística. Como el Derecho es, en buena medida, una cuestión de lenguaje —aunque, naturalmente, no sea sólo lenguaje—, las definiciones tienen en él una gran importancia.

Definiciones legislativas

En el plano legislativo, las definiciones sirven para dar una mayor claridad y precisión a los textos y, en consecuencia, operan también como un mecanismo de distribución de poder: por ejemplo, si el legislador decide definir con mucha exactitud los términos que va a emplear en una determinada ley, lo que está tratando con ello es de que el poder de los aplicadores y de los intérpretes sea el menor posible. Probablemente sea esta circunstancia lo que explique una famosa sentencia del Digesto (debida al jurista romano Scaevola), según la cual, toda definición en el Derecho es peligrosa (“*omnis definitio in iure civile periculosa est*”).

Suele hablarse de tres tipos de definición. Unas son las *definiciones lexicográficas* que consisten en indicar o describir en qué sentido (o sentidos) los hablantes de una lengua utilizan una determinada expresión; son, podemos decir, las definiciones del diccionario. Otras son las que establecen que cierto término ha de usarse o entenderse en cierto sentido: *definiciones estipulativas*; esto último puede ocurrir cuando a un término ya existente en un lenguaje se le atribuye un significado diferente al usual, o cuando se introduce un nuevo término (lo que ocurre con frecuencia en el lenguaje científico y más raramente en el jurídico), para el que se propone un determinado significado. Finalmente, hay un tercer tipo de definición que consiste en partir del significado usual de una expresión y, a partir

de ahí, precisar dicho significado: *redefinición*; esta última es una operación que, en cierto modo, está a mitad de camino entre las definiciones lexicográficas y las definiciones estipulativas.

Por razones comprensibles —básicamente, razones de economía— las leyes no contienen —o no suelen contener— definiciones lexicográficas: cuando se emplean expresiones de un lenguaje natural (el castellano, el inglés, el catalán...) y no se dice otra cosa, se entiende que las palabras se están usando según el sentido que tienen en esa lengua. En general, las definiciones legislativas son de carácter estipulativo o bien son redefiniciones. Un ejemplo de lo primero es la definición de “alimentos” del Código civil español, que se refiere a todo aquello que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica incluyendo, en ciertos casos, la educación e instrucción e incluso los gastos de embarazo y parto (art. 142 del Código civil). De lo segundo, de redefinición, la definición que el Código penal ofrece de robo y que supone apoderarse de cosas muebles ajenas con ánimo de lucro y empleando “fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas” (art. 237 del Código penal).

Definiciones doctrinales y análisis conceptual

En los tratados de Derecho, las definiciones ocupan también un lugar importante. En realidad, las obras que escriben los estudiosos del Derecho, los que elaboran la dogmática jurídica o ciencia del Derecho, suelen ser libros que versan sobre otros libros. Un tratado de Derecho penal, por ejemplo, no trata propiamente del comportamiento delictivo (esto último es el objeto de una disciplina social: la criminología), sino de lo que el Código penal y otras leyes establecen al respecto, de los criterios utilizados por los tribunales al aplicar esas normas —que se plasman en sentencias y en resoluciones de otros tipos— y de las opiniones de otros tratadistas. Ésta es, por cierto, una diferencia notable con respecto a una obra de Genética, de Antropología social o de Física, las cuales no tienen como objeto de estudio —salvo en aspectos muy limitados— un lenguaje. Pues bien, en los libros de Derecho abundan las definiciones. Muchas de ellas vienen a ser reelaboraciones —redefiniciones— de las definiciones legislativas. Por ejemplo, hemos visto que el Código civil considera como alimentos la “asistencia médica”, lo cual constituye un ejemplo de definición estipulativa. ¿Pero cómo debe entenderse exactamente esta expresión? ¿Habría que considerar también como asistencia médica un tratamiento de adelgazamiento o una intervención de cirugía estética? ¿Y qué se entiende, a efectos de ser calificado como “robo”, por “cosa mueble”? ¿Es una “cosa mueble” el fluido eléctrico? Una parte más o menos importante del trabajo de los juristas teóricos consiste en ofrecer definiciones de los términos usados por el legislador que resulten más acabadas, más precisas, que las de estos últimos. Pero la función de las definiciones legislativas y de ese tipo de definiciones doctrinales es, en principio, la misma: nos permiten sustituir ciertas expresiones (cuyo significado no es claro, o no lo es a efectos de determinado texto) por otras (cuyo significado nos resulta más claro). Las definiciones vendrían a ser así

elementos auxiliares para comprender los mensajes directivos del Derecho: la anterior definición de alimentos del Código civil (completada por las de los civilistas) nos permite entender el significado de la norma que establece que los cónyuges o los ascendientes y descendientes están obligados recíprocamente a darse alimentos; y la de robo permite comprender que los carteristas no “roban” (a efectos del Código penal), sino que “hurtan” (un delito menos grave y castigado en consecuencia con penas más leves), puesto que para apoderarse de lo ajeno no utilizan fuerza en las cosas ni violencia o intimidación en las personas.

Ahora bien, en los libros de Derecho existe también otro tipo de definiciones referidas a términos teóricos (como “delito” o “acto administrativo”) y que parecen cumplir una función diferente (o en parte diferente) a la que se acaba de señalar. Los penalistas, por ejemplo, suelen definir delito como “acción típica, antijurídica, culpable y punible”. Pues bien, con ello no parecen querer expresar simplemente que cada vez que (en un código o en un tratado) nos encontremos con la palabra “delito” podemos sustituirla por “acción típica, etc.”. Una razón para pensar así es que este tipo de términos no suelen aparecer en los textos jurídicos, los de Derecho positivo, sino que son más bien una construcción de los científicos del Derecho; además, términos como “típica” o “antijurídica” no son fácilmente comprensibles, esto es, no son para el lector usual más claros que “delito”. Podría quizás decirse que esto último no constituye un problema muy grave, a efectos de poder seguir hablando de definición en el sentido que anteriormente hemos visto: esos términos aún poco claros pueden a su vez ser definidos con otros que también pueden ser definidos llegado el caso, de manera que, al final, aunque fuera con cierto esfuerzo, se lograría el efecto de clarificación terminológica al que nos referíamos. Lo que sí constituye un problema para la noción de definición que venimos manejando (la aclaración del significado de una palabra) es el hecho de que los penalistas ven en la definición de delito, esencialmente, un instrumento teórico que les resulta de utilidad en diversos sentidos: por un lado, les permite tratar de una manera unitaria y sistemática una serie de cuestiones que afectan a todos los supuestos de conducta delictiva (la acción, la tipicidad, la antijuridicidad...); por otro lado, la definición les suministra el esquema a seguir al estudiar cada uno de los delitos: así, a propósito del robo, empezarán por mostrar cuáles son los elementos típicos de ese tipo de acción, luego analizarán qué acciones, aun siendo típicas, no son antijurídicas, etc. Y algo parecido puede decirse en relación con otros términos pertenecientes a otras ramas del Derecho (por ejemplo, negocio jurídico, acto administrativo, acción procesal, jurisdicción, proceso, acto de comercio...) o que son comunes a todas ellas (norma, sanción, acto ilícito, derecho subjetivo, responsabilidad...). La definición de todas estas expresiones no puede verse —o no puede verse únicamente— como una guía para poder entender mejor enunciados en los que aparecen usados esos términos. Son, más bien, el resultado de análisis conceptuales previos que puede ser utilizado como una herramienta de exposición y de clarificación teórica.

Definiciones “reales”

Además de estas funciones de clarificación lingüística y de análisis conceptual, los juristas atribuyen en ocasiones a las definiciones (aunque sea en forma más o menos velada) una función práctica que consiste en resolver un problema normativo, en encontrar una solución que no estaba (o sólo estaba de manera implícita) en las normas del sistema. Un ejemplo de ello lo constituye la búsqueda de la “naturaleza jurídica” de una determinada institución. Tomemos el caso de la enfiteusis. Se trata de una institución mediante la cual dos personas tienen ciertos derechos con respecto a un mismo bien inmueble: una, llamada enfiteuta o dueño útil, tiene sobre la cosa casi las mismas atribuciones que si fuera el propietario exclusivo, y la otra, el censalista o dueño directo, tiene esencialmente el derecho a cobrar del enfiteuta una pensión. Los civilistas discuten desde hace tiempo sobre cuál es la naturaleza jurídica de esa institución, o sea, si ambos (enfiteuta y censalista) son condueños, o bien si el único dueño es el enfiteuta y el censalista tiene sólo un derecho *real* (hay derechos reales y derechos personales) en cosa ajena. La cuestión suele enfocarse como si se tratara de un problema de definición, y de ahí el esfuerzo de los juristas por descubrir la esencia, la realidad, en que consiste la enfiteusis. Las definiciones de este último tipo (a las que cabe llamar definiciones *reales*: de cosas, de objetos) serían operaciones que permiten conectar palabras con realidades, con objetos (físicos o no); la definición verdadera de enfiteusis sería aquella que captara la verdadera realidad de la institución. Una vez logrado esto (averiguado el tipo de entidad que es la enfiteusis), su regulación jurídica tendría que corresponderse con esa realidad; por ejemplo, si es un tipo de condominio, entonces las normas que le son aplicables han de diferir de las que corresponderían para el caso de que el único dueño fuera el enfiteuta.

La definición de Derecho

Tres nociones de definición

El anterior examen de la utilización que los juristas hacen de las definiciones lleva a distinguir tres nociones o tres concepciones distintas de las mismas: la definición como técnica para describir, introducir, modificar o precisar el significado de ciertas expresiones; la definición como herramienta de análisis conceptual, y la definición como forma de referirse a las entidades, a los objetos que están detrás de las palabras. Si todo esto lo trasladamos a la pregunta inicial de qué es el Derecho, cabría decir que la definición de Derecho puede verse, bien como una operación lingüística consistente en mostrar (aclarar) los diversos usos de esa expresión, bien como una indagación de carácter teórico o conceptual (el concepto de Derecho sería, al fin y al cabo, el concepto supremo en el que desembocan todos los otros conceptos jurídicos), o bien como una investigación dirigida a encontrar la verdadera esencia, la realidad, en que consiste el Derecho. Pues bien, la primera de estas operaciones no plantea demasiados problemas, pero no lleva tampoco a grandes resultados; la segunda tiene un notable interés, pero encierra una considerable complejidad (de ahí que se diga que resulta

simplificador hablar al respecto de una “definición”), y la tercera envuelve una serie de errores o de imprecisiones que merece la pena desvelar. Veamos de qué forma se puede hacer todo esto.

Palabras, conceptos y objetos

Para empezar, conviene tener en cuenta que con los conceptos jurídicos, y con el concepto de Derecho pasa lo mismo que con los conceptos científicos. Como ha escrito Mario Bunge [1980], resulta absurdo pensar que los conceptos científicos deben definirse desde el primer momento y que, en la ciencia, una investigación no puede empezarse antes de tener definido su objeto; entre otras cosas, porque muchas veces se parte de conceptos vagos que se dilucidan gradualmente a través de la investigación misma. Naturalmente, el objeto de la investigación tiene que identificarse desde el comienzo, pero esto puede hacerse sin necesidad propiamente de definir sino, por ejemplo, con ayuda de descripciones o de alguna otra forma.

Esta advertencia vale también para la cuestión que nos ocupa. Para saber de qué estamos tratando en este capítulo, o en este libro, no es necesario empezar por definir el Derecho, sino que basta si acaso con apelar a las distintas experiencias y nociones que cualquiera de nosotros (cualquiera que lea estas páginas) tiene a propósito del Derecho. No cabe duda de que todo lector entiende frases en las que se emplea la palabra “Derecho” (por ejemplo, las anteriores), tiene conciencia de estar implicado en diversas relaciones jurídicas, e incluso puede que tenga ciertas ideas sobre cómo debería ser el Derecho o tal aspecto del mismo. Si nos planteamos la pregunta de qué es el Derecho —y si la pregunta en cuestión tiene sentido— no es porque no sepamos nada sobre el Derecho, sino porque queremos saber más o —quizás, sobre todo— porque queremos saber mejor eso que ya sabemos.

Un buen punto de partida para ello puede consistir en distinguir entre las palabras, los conceptos y los objetos: entre el término ‘Derecho’, el concepto “Derecho” y el objeto Derecho.¹ En general, cabe afirmar que los términos *designan* conceptos, los cuales pueden o no referir a la realidad. Así, hay términos sin designación, como los artículos: ‘el’ o ‘la’ no designan por sí mismos ningún concepto; términos que designan conceptos que no tienen referencia, como ocurre con ‘infinito’, ‘unicornio’ o ‘utopía’; y términos que designan conceptos que tienen referencia empírica u objetiva, esto es, objetos que podemos percibir con nuestros sentidos o que existen aunque estén más allá de nuestra experiencia directa (como ocurre con ‘electrón’ o con ‘partícula libre’). Esto último (la existencia de designación y de referencia) es lo que sucede con ‘Derecho’ y con la mayor parte de los términos de los que se ocupan los juristas (‘juez’, ‘norma jurídica’, ‘negocio jurídico’, ‘delito’, ‘acto administrativo’...). Si el significado de las expresiones lo constituye la designación y la referencia de las mismas, entonces un término como ‘Derecho’ es plenamente, incluso pluralmente, significativo. El término ‘Derecho’

designa un concepto (o, mejor, como en seguida veremos, diversos conceptos) que tienen referencia, dado que con él (o con ellos) aludimos a una realidad compleja que incluye normas, instituciones, comportamientos, etc. ¿Pero por qué entonces resulta erróneo o confuso hablar de las definiciones como de operaciones consistentes en mostrar la referencia de las palabras? ¿Por qué no cabría una definición de 'Derecho' que nos indicase la realidad en que consiste el Derecho?

¿Es posible una definición "real" de Derecho?

Una razón para pensar así (que, sin embargo, no vale para 'Derecho') es que, como hemos visto, hay palabras que no tienen referencia, de manera que su definición no podría hacerse indicando algún tipo de objeto o de realidad: en el mundo en el que vivimos no existen ni los unicornios, ni el infinito, ni las utopías, ni lo que los juristas llaman legislador racional. Esto, naturalmente, no quiere decir que esos conceptos (y las palabras que usamos para designarlos) carezcan de sentido. Los conceptos sin referencia tienen una gran importancia en las ciencias formales (como la lógica o la matemática: piénsese, sin ir más lejos, en el concepto de "cero"), pero también en las ciencias sociales o humanas. Los juristas utilizan, por ejemplo, con cierta frecuencia el concepto de "legislador racional", con el cual no quieren referirse a ningún individuo o conjunto de individuos que haya existido, exista o pueda existir en el futuro. Lo que pretenden con ello es construir un modelo ideal de legislador (los legisladores empíricos serían realidades que se aproximan en mayor o en menor medida a ese modelo) que les resulta de utilidad a efectos de resolver —pongamos por caso— un problema de interpretación: cuando una ley ha resultado imprecisa en algún aspecto, el intérprete trata de solucionar el problema poniéndose en el lugar del legislador racional, esto es, tratando de mostrar qué es lo que un ser omnisciente, justo, etc., hubiese querido establecer en ese caso. A algunos de estos conceptos sin referencia (como, por ejemplo, el de legislador racional) se los denominan a veces *tipos ideales*. Lo que quiere decirse con ello es que se construyen no con la pretensión de ofrecer una descripción de la realidad, sino de configurar un modelo, un ideal, a partir de ciertos rasgos que, se sabe, ninguna realidad posee completamente. Esa *idealidad*, por otro lado, puede tener o no una connotación moral (ideal significa aquí que no es real), de manera que se pueden construir tanto los tipos ideales del "buen juez" o del "legislador racional", como los del "juez corrupto" o del "legislador arbitrario".

Además (y esto ya sí que concierne a 'Derecho'), aunque a veces se habla de *definiciones ostensivas* para referirse a una operación consistente en nombrar una expresión y señalar su referencia, esa técnica tiene un valor limitado. Desde luego, podría servir para las palabras que tienen como referencia un único objeto del mundo ('el juez Fulano de tal', 'el contrato firmado entre Zutano y Mengano'), si bien en ese caso quizás no tenga sentido hablar de definición, sino de identificación de un objeto o algo así. Pero su utilidad es dudosa en relación con las palabras de clase, esto es, las que se refieren a conjuntos de objetos (como 'juez' o 'contrato').

No se puede dar una definición ostensiva de 'juez', porque su referencia está constituida por todas las personas que son, han sido y serán jueces, y además, porque la palabra designa un concepto que se caracteriza por una serie de propiedades (ser un funcionario público, tener como función la aplicación de las normas jurídicas, etc.) que no nos resultan sin más visibles (no son propiedades naturales, sino institucionales), de manera que no las podemos mostrar como lo haríamos con el color rojo. Como resulta obvio, lo que vale para 'juez', con mucha mayor razón vale para 'Derecho', dada la heterogeneidad y complejidad de su (o de sus) referencia(s). Sin duda, podemos poner ejemplos de realidades a las que consideramos Derechos —el Derecho español actual, el Derecho romano de la época clásica...—, de acciones consistentes en crear Derecho, en interpretarlo, en aplicarlo..., pero eso no puede considerarse como una definición de 'Derecho' en sentido estricto; podría ser una forma de identificar aproximadamente de qué se está hablando, pero nada más.

Una razón todavía de más peso para mostrarse escéptico respecto a la posibilidad de las *definiciones reales* es que el significado de las palabras es convencional, depende del uso que se hace de ellas en diversos contextos, de manera que no existe una relación necesaria entre la palabra y su significado. Una misma palabra puede designar diversos conceptos (como ocurre en general con las palabras de clase; por ejemplo, con 'Derecho'). El significado de una expresión puede —suele— variar con el transcurso del tiempo. Y no existe ninguna esencia o realidad inmodificable a la que tengan que referirse las palabras o los conceptos (cuando tienen referencia) y que debamos necesariamente respetar cuando las usamos (o cuando las definimos). Ya antes vimos que la palabra 'alimentos' designa conceptos distintos según la usemos en la vida cotidiana o en el contexto del Derecho de familia. Y 'enfiteusis' es el nombre de una institución cuyo sentido ha cambiado históricamente: en su origen, el dueño de la cosa (el hoy censualista) concedía a otra persona (ahora, el enfiteuta) un derecho sobre la misma; pero ocurrió que, con el transcurso del tiempo, el poder del censualista se fue debilitando y el del enfiteuta fortaleciendo, hasta que llegó un momento en que resultó incierto cuál era el alcance del poder de cada uno con respecto al inmueble. ¿Qué sentido tendría entonces decir que hay un significado *esencial o verdadero* de 'alimentos' o de 'enfiteusis'? ¿Cuál sería? Y si no existe tal significado en estos casos, ¿por qué habría de haberlo en el de 'Derecho'? ¿Tiene algún sentido decir que vamos contra la esencia de lo jurídico o que la respetamos según que optemos por considerar o no como Derecho al *Derecho* internacional o al *Derecho* canónico? ¿No parece más razonable pensar que las palabras las usamos en el sentido que nos conviene hacerlo para poder comunicarnos con fluidez, de manera que incluir o no dentro del significado de 'Derecho' al ordenamiento de la comunidad internacional o al de la Iglesia católica es simplemente una cuestión pragmática, de utilidad, que no tiene que ver con la verdad, en el sentido de la correspondencia entre los enunciados lingüísticos —las palabras— y las cosas?

Adviértase que de lo anterior no se sigue que no tenga sentido establecer

relaciones entre las palabras y las cosas; la utilización de ejemplos, sin ir más lejos, es una manera de establecer esas relaciones. Lo que quiere decirse es que no parece adecuado, porque puede llevar a confusión, hablar en tales casos de definiciones. Las definiciones, en sentido técnico, son operaciones relativas a un lenguaje, no a la realidad: relacionan palabras (y los conceptos que designan) con palabras (y los correspondientes conceptos). Además, la pretensión de efectuar definiciones reales va muchas veces unida al esencialismo lingüístico, esto es, a la creencia errónea de que la relación entre las palabras y su significado no es convencional, sino que tiene carácter necesario. Este error es frecuente encontrarlo cuando los juristas emprenden la tarea de buscar la naturaleza jurídica de una institución (como hemos visto a propósito de la enfiteusis) como si se tratara de desentrañar una esencia (y de ahí su pretensión de formular una definición verdadera), en lugar de plantearse la cuestión verdaderamente relevante en esas investigaciones que es la de mostrar las analogías y las diferencias de una determinada institución con otra próxima, a efectos de resolver un problema práctico: qué normativa le es aplicable a esa institución. Ahora bien, enfocar ese problema como si se tratara de definir una realidad sirve para enmascarar el carácter práctico, prescriptivo, de esa operación: el jurista que formula la “verdadera definición” de una institución no parece estar creando nada, sino descubriendo algo previamente existente.

¿Qué son las definiciones?

En resumen, parece que las definiciones deben considerarse como instrumentos de clarificación lingüística y/o de análisis conceptual: sirven para informar sobre cómo se usa una palabra, para proponer algún nuevo uso, o precisar alguno ya existente; y en ocasiones son el resultado de un análisis conceptual o el instrumento para ello. Pero no son procedimientos para arribar a la esencia de las cosas, a la realidad. Veamos ya cómo se aplica todo esto al caso de ‘Derecho’.

Problemas de ambigüedad y de vaguedad

Derecho objetivo, Derecho subjetivo, Ciencia del Derecho y justicia

El término ‘Derecho’ es, de una manera muy patente, *ambiguo*, es decir, susceptible de asumir diversos significados, generalmente distinguibles por el contexto. Tomemos, como ejemplo, las siguientes expresiones: 1) “el Derecho de familia español ha sufrido en las últimas décadas grandes transformaciones”; 2) “el derecho al divorcio fue introducido en España mediante una ley de 1981”; 3) el carácter científico del Derecho es aún objeto de debates; 4) “no hay derecho a que diariamente mueran en el mundo miles de seres humanos y nosotros no hagamos nada por impedirlo”. En 1), ‘Derecho’ designa el concepto de Derecho objetivo, el Derecho como conjunto de normas; en 2), el concepto de derecho subjetivo, el derecho en cuanto facultad de hacer algo respaldada por el orden jurídico, o posición que ocupa un individuo en una relación jurídica; en 3), el concepto de

ciencia del Derecho, es decir, el estudio o la reflexión sobre el Derecho; en 4) ('no hay derecho') el concepto de injusticia o, si se quiere, un juicio de valor negativo sobre una situación. Que se trata de cuatro significados distintos (se prescinde de muchos otros que tiene la expresión 'Derecho' y que pueden encontrarse en cualquier diccionario) resulta obvio, aunque sólo sea por el hecho de que en otras lenguas existen expresiones distintas para indicar estas diversas acepciones. Por ejemplo, para referirse al Derecho en su sentido objetivo, en inglés se emplea la palabra 'law' (cuya traducción correcta al español es casi siempre 'Derecho' y no 'ley'), 'right' si se trata del derecho subjetivo (la traducción de 'derechos humanos' es 'human rights') y 'Jurisprudence' para referirse aproximadamente a lo que nosotros entendemos por 'ciencia del Derecho'. En Italia no hay, en general, Facultades de 'Diritto', sino de 'Giurisprudenza', etc.

Para evitar esta primera fuente de confusiones, en castellano convendría escribir la palabra con mayúscula ('Derecho') para designar el concepto utilizado en 1) y con minúscula ('derecho') para designar el contenido en 2); pero esta convención, que estaba vigente no hace mucho tiempo, se está perdiendo y hoy suele escribirse la palabra siempre con minúscula. Para referirse a las otras dos acepciones sería preferible quizás utilizar expresiones distintas: 'Jurisprudencia' (con mayúscula, para diferenciarla de la *jurisprudencia* —conjunto de decisiones— de los tribunales), 'ciencia jurídica' o 'dogmática jurídica' cuando se trate de la acepción empleada en 3); y 'justicia' o 'justo' para indicar la utilizada en 4): así, una expresión como 'no hay derecho a X' podría sustituirse por 'X no es justo'. Si aceptamos y adoptamos estas convenciones (y, aunque no lo hagamos, si atendemos al contexto) podemos resolver casi todos los problemas de ambigüedad de 'Derecho', aunque no todos, pues las cuatro acepciones pueden guardar alguna conexión entre sí, y en ocasiones puede no estar claro en qué sentido se utiliza la expresión: por ejemplo, cuando se dice que "Fulano estudia *Derecho*", la expresión 'Derecho' parece significar tanto el Derecho objetivo como la ciencia del Derecho.

Conviene, además, efectuar un par de puntualizaciones en relación con lo anterior. La primera es que para algunos autores (singularmente, para Kelsen), el derecho subjetivo puede reducirse al Derecho objetivo. Lo que quiere decirse con ello es que si alguien tiene la facultad (jurídica) de hacer algo es porque se la otorga el Derecho objetivo; el derecho subjetivo vendría a ser también un conjunto de normas. Esto implica primar la categoría de Derecho objetivo (es lo que *define* la definición de Kelsen: "el Derecho es un conjunto de normas coactivas"), pero no significa suprimir el concepto de "derecho subjetivo". Aunque esa definición resultara adecuada, dos conceptos pueden referirse a los mismos fenómenos sin tener el mismo significado: así ocurre, por ejemplo, con "triángulo equiángulo" y "triángulo equilátero" en geometría, o con "rol" y "estatus" en sociología; y otro tanto podría decirse con los conceptos de Derecho objetivo y de derecho subjetivo: si se quiere, denotan una misma realidad, pero contemplada desde dos ángulos distintos.

La segunda puntualización es que la relación entre el Derecho en sentido objetivo (y, si se quiere, también en sentido subjetivo) y la ciencia del Derecho es, en principio, la relación que se puede establecer entre un lenguaje objeto y un metalenguaje. La ciencia del Derecho puede verse (aunque esto necesita de mayores precisiones que se harán más adelante) como un conjunto de enunciados sobre el Derecho positivo. Aparece así la posibilidad de distinguir entre las *normas* jurídicas —los enunciados jurídicos— y las *proposiciones* jurídicas —los enunciados de la ciencia jurídica— que versan *sobre* las normas jurídicas. Se trata, pues, de una diferencia de niveles de lenguaje, análoga a la que, en un curso de inglés dirigido a castellanohablantes, puede establecerse entre el idioma a aprender —el inglés, que funciona como lenguaje objeto— y el castellano, que sería su metalenguaje. “Human Rights are one of the greatest inventions of our civilization” sería un enunciado de ese lenguaje objeto; “‘human rights’ se traduce en castellano por ‘derechos humanos’” sería un enunciado del metalenguaje. En la primera frase, la expresión ‘human rights’ ha sido *usada*; en el segundo caso, *mencionada*, porque pertenece a un nivel de lenguaje distinto al del metalenguaje que se ha empleado para hablar de ella.

Vaguedad intensional y extensional

Mientras que la ambigüedad es una dificultad que afecta, por así decirlo, a las palabras y es relativamente fácil de solucionar, la *vaguedad* es otro de los “defectos congénitos” del lenguaje, considerablemente más grave, en cuanto afecta a los conceptos. Éstos pueden analizarse en un plano intensional o connotativo y en un plano extensional o denotativo. La *intensión* de un concepto es el conjunto de propiedades que lo caracterizan, y su *extensión* el campo de aplicabilidad del mismo. Por ejemplo, la intención de “juez” es un conjunto de propiedades (funcionario público, que tiene a su cargo la aplicación de las normas jurídicas, etcétera), y su extensión, el conjunto de las personas (pasadas, presentes o futuras) que han sido, son o serán jueces. Todos los conceptos tienen una intención y una extensión, aunque esta última puede ser vacía (por ejemplo, “juez infalible”). Por otro lado, la intención y la extensión de los conceptos son inversamente proporcionales. Partamos del concepto de “juez”. Si a ese concepto le añadimos nuevas notas —aumentamos su intención— podemos obtener el de “juez español actual”; pero el campo de aplicación de este último es menos extenso que el de “juez”. E inversamente, al aumentar la extensión decrece la intención: el concepto de “juez” es más amplio que el de “juez español actual”, pero el primero tiene menos notas definitorias que el segundo.

El significado de un concepto se determina estableciendo su intención y su extensión. Y la *vaguedad* consiste precisamente en que es posible que la intención y/o la extensión de los conceptos no esté bien determinada. Hay *vaguedad intensional* cuando las propiedades connotadas no pueden determinarse exhaustivamente. Hay *vaguedad extensional* cuando la indeterminación afecta al campo de aplicación del concepto. La expresión ‘Derecho’, en su acepción de

“Derecho objetivo”, es vaga intensionalmente, ya que no parece posible establecer todas las notas, toda la intensión del mismo. Supongamos que tomamos (como lo hace Kelsen) las notas del carácter normativo y coactivo del Derecho: ¿Pero es eso satisfactorio? ¿Sólo las normas tienen la cualidad de ser *jurídicas*? ¿No hay normas jurídicas sin coacción? ¿Y es jurídica una norma radicalmente injusta? Además (o como consecuencia de lo anterior), “Derecho” padece también de vaguedad extensional, pues no está perfectamente determinado cuál es su campo de aplicación. Podría quizás decirse que hay una zona de la realidad a la que se aplica con claridad el concepto (las reglamentaciones estatales) y una zona de penumbra considerable: como ya se ha visto, el Derecho de las sociedades primitivas, el Derecho internacional (o ciertas parcelas del mismo), etc. Sin embargo, aun si aceptáramos sin más que el concepto de “Estado” nos permite resolver los problemas de la penumbra de “Derecho”, nuestras dificultades no se acabarían aquí: ¿está acaso completamente determinado este último concepto?, ¿no será también “Estado” un concepto vago?

Es muy probable que resulte imposible eliminar del todo la vaguedad de nuestros conceptos, en especial cuando el vehículo de los mismos es el lenguaje natural y no un lenguaje artificial construido a propósito para eliminar la vaguedad y, en general, las imprecisiones, tal y como ocurre con el lenguaje de la física, de la matemática o de la lógica. El lenguaje del Derecho y el de la ciencia del Derecho es un lenguaje natural tecnificado en el que existen amplios márgenes para la vaguedad, aunque siempre cabe hacer algo para reducirla a límites tolerables: además de ser conscientes del problema, las definiciones de los términos y de los conceptos están en general encaminadas a eliminar en lo posible las imprecisiones. A este respecto, merece la pena reparar en que las definiciones son convencionales (pues convencional es el significado de las palabras), pero no deben ser arbitrarias. En principio, los legisladores o los juristas teóricos pueden asignar a las palabras el significado que juzguen oportuno, pero de manera que las definiciones resulten útiles, fecundas. Dado que una de las funciones esenciales del Derecho es la de guiar la conducta de la gente, las definiciones de los términos jurídicos no pueden alejarse mucho del significado que esas palabras tienen en el lenguaje natural, que es el medio de comunicación por excelencia.

Algunas conclusiones

Volvamos de nuevo a la cuestión inicial de qué es el Derecho y veamos a qué conclusiones nos permiten llegar las consideraciones efectuadas hasta aquí.

La primera, y quizás la más obvia, es que probablemente podamos entender ahora mejor por qué el concepto de Derecho se ha considerado una cuestión suficientemente compleja como para que no tenga sentido pretender resolverla desde el comienzo con una simple definición. Esto no implica la imposibilidad de una definición (de hecho, en las páginas que anteceden han quedado expuestas algunas de las más recurrentes), ni tampoco que sea inútil un análisis del

significado de “Derecho”. Sabemos además que no basta con indicar los diversos usos de ‘Derecho’, sino que es preciso dilucidar también el concepto de “Derecho” (y quizás no sólo en la dimensión del Derecho objetivo), lo cual se consigue fijándose en los puntos cuya aceptación es pacífica pero, sobre todo, intentando afrontar los aspectos controvertidos que apuntan a problemas a veces muy complejos.

La segunda conclusión es que en la tarea de esclarecer el concepto de “Derecho” hay que huir de diversos errores. Uno es suponer que los conceptos (y las palabras) reflejan una esencia inmutable, esto es, suponer que la intensión de un concepto (como “Derecho”) puede fijarse totalmente y de una vez por todas. Ello no es posible, entre otras razones, porque dicho concepto tiene como referencia un fenómeno (o, más bien, un conjunto de fenómenos) histórico y variable. No es, por tanto, un concepto puramente abstracto, formal, como los de la lógica o la matemática (que tampoco reflejan esencias, pero cuyos significados pueden establecerse indicando una serie de condiciones necesarias y suficientes que deben darse siempre que los utilicemos). Otro error es olvidarse de que ‘Derecho’ es una palabra de clase (y que denota, para colmo, fenómenos sumamente heterogéneos), de manera que no tiene mucho sentido buscar detrás de ella un *único* ente, físico o metafísico.

La tercera conclusión es que, cuando se examinan las definiciones más influyentes de Derecho, encontramos que obedecen al tipo (a la técnica) de definición que se llama *por género próximo y diferencia específica*, como sucede cuando se define el hombre como animal racional. Así, el Derecho, según diversos autores, vendría a ser un conjunto de normas coactivas, un orden justo de la conducta humana, el comportamiento de los jueces y otros funcionarios cuando resuelven las disputas, etc. Pues bien, no hay naturalmente nada que objetar a esa manera de definir, pero conviene tomar algunas cautelas. Una de ellas consiste en no pensar que con ello se están efectuando definiciones esenciales o reales del Derecho: lo que se define (el *definiendum*) y lo que se usa para definir (el *definiens*) son simplemente palabras o conceptos. Otra de las cautelas a tomar es que la utilidad de esas definiciones depende, obviamente, de que los conceptos que funcionan como género supremo y como diferencia específica sean precisos o se puedan de alguna forma precisar: el significado de “Derecho” puede aclararse si, por ejemplo, está claro el significado de “conjunto de normas” “coactivas”, “orden de la conducta”, “justo”, etc.; no pocas veces, con lo que nos encontramos es, más que otra cosa, con pseudodefiniciones de Derecho.

Finalmente, parece que hay que darle la razón a Hart y aceptar que el término o, mejor, el concepto de Derecho tiene una significación tan rica que tratar de expresarla mediante un *definiens* lo suficientemente breve como para que tenga sentido seguir hablando de definición puede verse como una simplificación excesiva que oculta más problemas de los que ilumina. Esto —hay que insistir en ello— no quiere decir renunciar a contestar a la pregunta qué es el Derecho, sino

elegir para ello una estrategia que no consiste propiamente en proponer una definición, sino en procurar aclarar el concepto de Derecho, poniéndolo en correlación con otros conceptos que tienen un área de significación próxima y, en parte, superpuesta. Los más importantes parecen ser los de “norma”, “moral” y “poder”, y a la tarea de esclarecerlos se dedicarán los próximos capítulos de este libro.

Capítulo 3

Derecho y normas

Normas y otras entidades jurídicas

Qué significa “normativismo”

Si, como antes hemos visto, el Derecho atraviesa todo el espacio de las sociedades evolucionadas, otro tanto podría decirse de las normas en relación con el Derecho. No cabe duda de que donde hay Derecho hay también normas, normas jurídicas. Tanto las reglamentaciones del poder estatal (las leyes en sentido amplio) como los acuerdos entre individuos o entre grupos de individuos (los contratos) o las decisiones de los órganos judiciales y administrativos (sentencias y resoluciones en general) que constituyen probablemente las tres formas principales bajo las cuales se nos presenta hoy el fenómeno del Derecho son tipos de normas. Por algo el normativismo, la idea de que el Derecho consiste esencialmente en normas, es, de una u otra forma, la concepción del Derecho dominante entre los juristas.

Ahora bien, es también obvio que mantener este tipo de concepción no supone desconocer que en el Derecho —en nuestros Derechos— existen otras entidades, otros ingredientes, además de las normas. Así, no se puede negar que también forman parte del Derecho instituciones como los parlamentos, los juzgados o las cárceles. Los individuos o grupos de individuos —legisladores, jueces, funcionarios de la Administración...— que, de diversas formas, hacen que las anteriores instituciones funcionen. Las relaciones de trabajo, de propiedad, de familia... de las que dependen unas y otros. O los fines y los valores que pretenden alcanzarse con todo lo anterior. Lo que los normativistas sostienen es que todos los fenómenos que consideramos jurídicos pueden reducirse a (o explicarse satisfactoriamente en) términos normativos. El concepto de norma vendría a ser, en definitiva, el concepto central del Derecho.

Alternativas al normativismo

A decir verdad, esta última no es, con todo, una tesis de aceptación unánime. Algunos juristas —encuadrados en el movimiento que se ha llamado “realismo jurídico”— han tendido a identificar el Derecho no con las normas, sino con las conductas: el Derecho, para ellos, es comportamiento humano y, en particular, comportamiento de los jueces y de otros funcionarios. Como escribió un famoso jurista norteamericano —el juez Holmes— a finales del XIX, saber lo que es el Derecho equivale, no a conocer lo que dicen los códigos, las leyes, sino a predecir lo que los jueces, dadas ciertas circunstancias, harán. Pero a los realistas se

les puede recordar que la conducta consistente en tomar decisiones sobre determinados conflictos también reviste, al fin y al cabo, una forma normativa: el fallo que podemos encontrar en una sentencia viene a ser una orden (una norma singular) para que alguien realice una determinada acción (por ejemplo, encarcelar a una persona). A su vez, esas decisiones no se dictan en el vacío, sino en aplicación de normas previamente existentes; además si no se basaran en esas normas, no consideraríamos justificadas tales decisiones. Y, en fin, para conocer quiénes son los individuos que cumplen esas funciones en la sociedad —quiénes son los jueces— necesitamos también recurrir a las normas.

Otros, como los marxistas, han tratado de identificar el Derecho con ciertas relaciones sociales o con la forma que revisten ciertas relaciones sociales. Pero también aquí surge la dificultad de que sin recurrir al concepto de norma —de norma jurídica— no parece posible identificar una relación como jurídica o acotar qué aspecto de una determinada relación social es jurídico. Es obvio que, en principio, las relaciones que podamos tener con nuestros familiares, con nuestros amigos o con nuestros compañeros de trabajo transcurren al margen del Derecho. Pero todas ellas pueden colorearse jurídicamente si, por alguna circunstancia, resulta de aplicación alguna regla como la que obliga a prestarse alimentos entre cónyuges o entre ascendientes y descendientes, la que permite reclamar a otro judicialmente una deuda o la que sanciona el acoso sexual en las relaciones laborales.

Se hizo también referencia, en el anterior capítulo, a los autores *iusnaturalistas* que tienden a vincular el Derecho no propiamente con las normas, sino con la idea —o con cierta idea— de justicia. Ahora bien, con independencia de los reparos que puede merecer esa concepción (la objeción clásica es que confunde lo que *es* y lo que *debe ser* Derecho), no hay ninguna razón para pensar que iusnaturalismo y normativismo sean conceptos antitéticos. A lo que se opone el iusnaturalismo es a identificar el Derecho con las normas positivas, con las normas formalmente válidas. Pero no se ve que los iusnaturalistas tengan nada que objetar en principio a la idea de que el Derecho consiste básicamente en un conjunto de normas que regula con justicia el comportamiento social de los hombres.

Incluso a los que defienden que el Derecho es una institución, o un conjunto de instituciones, podría replicárseles en términos normativistas: las instituciones, al fin y al cabo, son conjuntos de normas o, cuando menos, un aspecto particularmente importante de las mismas es de carácter normativo: hay normas que regulan quiénes forman parte de una institución (la familia, la universidad, el Estado o los tribunales), qué tipos de acciones pueden emprenderse para satisfacer los fines de las instituciones, cómo se relacionan unas instituciones con otras, etc.

De todas formas, aun dando por bueno el normativismo, la tesis de que el Derecho consiste fundamentalmente en normas no nos dice demasiado, puesto que las normas se pueden entender de muy diversas maneras, existen muchos tipos de

normas (y de normas jurídicas), diversas propuestas sobre cómo identificarlas, sobre la manera como guían la conducta, etc. Conviene, pues, que tratemos de precisar esa tesis, empezando por aclarar el concepto mismo de norma.

Qué son las normas

Variedades de normas

El hecho de que existan muchas maneras de entender las normas deriva, en parte, de que las normas están presentes en ámbitos muy diversos de nuestras vidas. Nos las encontramos en los juegos: por ejemplo, las que dicen cómo deben moverse las piezas del ajedrez o cuándo se marca un gol en el fútbol. Pero también están las normas gramaticales que, en relación con el castellano, proscriben frases como “el equipo tal gana *de* dos tantos” o “habían pocos estudiantes en la clase”. Las normas o reglas técnicas, que señalan los medios que deben usarse para alcanzar ciertos fines: por ejemplo, “para instalar el programa: 1. introduce el CD-ROM; 2. haz doble clic en ENTER...”. Las normas jurídicas, como la que expresa el art. 145.2 del Código penal español: “la mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses”. Las normas religiosas, como la que establece el deber de “amar a Dios sobre todas las cosas”. Las normas morales: “se debe respetar la autonomía de las personas”. Las normas del trato social: «cuando uno es presentado a otra persona, debe emplear una frase de cortesía como “encantado”, “mucho gusto”». Etcétera, etcétera.

La función directiva del lenguaje

Aunque las normas no pueden reducirse a lenguaje (todos los anteriores ejemplos de normas son ininteligibles si no se presuponen ciertas prácticas sociales que no se reducen a comprender y utilizar un lenguaje), sí que puede decirse que son siempre expresables en algún lenguaje, lo cual permite verlas, en definitiva, como enunciados de cierto tipo. Más en concreto, el concepto de norma puede aclararse bastante si nos aproximamos al lenguaje desde una perspectiva pragmática: fijándose no tanto en las relaciones que los signos lingüísticos tienen entre sí (sintaxis) o con sus significados (semántica), sino en las relaciones entre los signos y los usuarios de los mismos. Cuando nos preguntamos con qué intención los usuarios de una lengua emiten una determinada expresión, la respuesta que encontramos es que existe una gran variedad de intenciones o, dicho de otra forma, que hay diversos usos o funciones del lenguaje. Así, el lenguaje puede utilizarse para transmitir información sobre el mundo, la cual puede ser verdadera o falsa (función informativa o descriptiva). Para expresar emociones o sentimientos o para generarlos (función emotiva o expresiva). Para formular preguntas, para inquirir información (función interrogativa). Para realizar acciones (función operativa, ejecutiva o performativa: por ejemplo, el juez que escribe en el fallo de

su sentencia “condeno a X a la pena P”, no sólo está diciendo —escribiendo— algo, sino haciendo algo: condenar). O para guiar el comportamiento (función directiva).

Vistas desde la perspectiva pragmática, las normas son precisamente directivas, enunciados que tratan de influir en el comportamiento de aquellos a quienes van dirigidos. Las directivas, por lo demás, pueden tener diversa fuerza, según se trate de ordenar, de sugerir, de invitar, de pedir, de implorar... Por supuesto, no siempre es fácil distinguir cuál es el uso o la función de una determinada proferencia lingüística. Generalmente, en una misma proferencia puede apreciarse más de una función, aunque una determinada sea la predominante. Por ejemplo, en la frase “¡Vota a un partido de izquierda!” destaca ante todo su función directiva, pero el enunciado nos suministra también una información (la de que hay, al menos, un partido de izquierda que se presenta a las elecciones) y, desde luego, trata de suscitar en sus destinatarios un sentimiento de adhesión hacia un determinado proyecto político, al mismo tiempo que (expresada por un candidato, por ejemplo) implica *hacer* campaña electoral. En ocasiones, la forma gramatical ayuda a distinguir las diversas funciones (por ejemplo: uso de signos de interrogación, de ciertos tiempos y modos verbales, etc.) pero, en general, es preciso recurrir al contexto, y no sólo al contexto lingüístico, sino también al contexto situacional.

Validez, eficacia y justificación

Las normas y las directivas en general, a diferencia de los enunciados con función descriptiva, no parecen ser susceptibles de ser calificadas como verdaderas o falsas, pero sí de otras formas: por ejemplo, como válidas o inválidas, eficaces o ineficaces, justas o injustas. La norma contenida en el art. 145.2 del Código penal no es ni verdadera ni falsa, pues no está describiendo o informándonos sobre algún aspecto del mundo. Sí es una norma válida del Derecho español, porque se dictó de acuerdo con los procedimientos establecidos en el mismo (lo que supone, entre otras cosas, que mereció la aprobación de una determinada mayoría de parlamentarios). Parece ser sólo relativamente eficaz, pues la existencia de ese delito no impide que el número de abortos (de abortos delictivos) en nuestro país sea considerable, mientras que las condenas por aborto son muy escasas. Y su justicia o injusticia es —como se sabe— una de las cuestiones más controvertidas de las últimas décadas. Por lo demás, esta peculiaridad del lenguaje normativo no impide que en el mismo se planteen también los problemas de ambigüedad y de vaguedad a los que se hizo referencia en el capítulo anterior; incluso cabe decir que ellos son de importancia fundamental para resolver los problemas de interpretación de las normas. Y la distinción entre el uso descriptivo y el uso prescriptivo del lenguaje nos permite entender mejor la diferencia entre una norma y una proposición normativa a la que también se hizo una anterior referencia: las normas (como el mencionado art. 145.2) no son verdaderas o falsas, pero las proposiciones normativas (que son descripciones de normas) sí; por ejemplo, la proposición normativa: “en el Derecho español, determinados supuestos de aborto

están castigados con una pena que puede llegar hasta un año de prisión”, es, de acuerdo con lo que hemos visto, verdadera.

Normas y normas jurídicas

Supongamos que lo que se ha dicho hasta ahora es suficiente para aceptar que el Derecho es un conjunto de normas y supongamos también que poseemos ya un concepto suficientemente elaborado de lo que es una norma. ¿Pero cómo hacer para distinguir las normas jurídicas de los otros tipos de normas? ¿Qué características distintivas tienen las normas a las que llamamos jurídicas, las que constituirían los ingredientes básicos del Derecho?

Elementos de las prescripciones

Una forma de contestar (o de empezar a contestar) a estas cuestiones consiste en analizar los elementos que pueden encontrarse en una norma jurídica prototípica, y ver luego si se dan también en las normas de las otras clases. Para ello podemos partir del análisis que Von Wright (el fundador —o uno de los fundadores— hacia la mitad del siglo XX de la llamada lógica deóntica o de las normas) efectuó de lo que él llama prescripciones y que, en su opinión, vendría a ser, si no el único, al menos el tipo de norma más característico que cabe encontrar en los sistemas jurídicos. Para Von Wright, las prescripciones constituyen uno de los tres tipos fundamentales de normas (además están las reglas de los juegos y las normas técnicas) y sus elementos vendrían a ser los siguientes:

- el *carácter*: es decir, la calificación de determinadas acciones como obligatorias, prohibidas, permitidas o facultativas;
- el *contenido*: la acción o acciones afectadas por dicho carácter, es decir, lo prohibido, permitido, etc.;
- la *condición de aplicación*: las circunstancias que deben presentarse para que exista la prohibición, obligación o permisión de realizar el contenido de la norma: si sólo son las circunstancias que surgen del propio contenido, la norma será categórica; si hay otras adicionales, hipotética;
- la *autoridad*: el individuo u órgano que dicta la norma;
- el *sujeto normativo*: el destinatario (o los destinatarios) de las normas;
- la *ocasión*: la localización espacio-temporal en que debe cumplirse el contenido de la norma;
- la *promulgación*: la formulación de la norma, es decir, su expresión en algún lenguaje (escrito, oral o de otro tipo, como el de las señales de tráfico) para

que pueda ser conocida;

- la *sanción*: la amenaza de un perjuicio para el caso en que sea incumplido el contenido de la norma.

Si seguimos con el ejemplo de la norma contenida en el artículo 145.2 del Código penal español, podemos caracterizarla como una prohibición. Su contenido —lo que está prohibido— es “producir el aborto o consentir que otra persona lo cause”. La norma es hipotética, pues existen condiciones de aplicación aparte de las que surgen del propio contenido: unas figuran en el texto del artículo (“fuera de los casos permitidos por la ley”: malformaciones del feto, violación, evitación de un grave daño a la madre) y otras surgen de otros artículos del código (debe tratarse, por ejemplo, de una mujer mayor de edad, que no sufra enajenación mental, etc., pues en otro caso no sería penalmente responsable). La autoridad que la ha dictado es el poder legislativo, el parlamento (pero la mayor parte de las normas jurídicas no se originan, naturalmente, en ese órgano). Los destinatarios de esa norma son, por un lado, las mujeres y, por otro lado, los jueces y los funcionarios encargados de su aplicación; o, mejor dicho, cabe aquí distinguir dos normas (un único artículo puede, naturalmente, contener más de una norma y algunas normas sólo resultan de la combinación de diversos artículos de un código): una dirigida a las mujeres y que prohíbe, dadas ciertas circunstancias, realizar una determinada conducta, y otra dirigida a los jueces y otros funcionarios, ordenándoles (simplificando las cosas) que apliquen ciertas sanciones si se realiza la anterior conducta. La ocasión espacial es el territorio del Estado español; y en cuanto al tiempo, la regla general en nuestro Derecho es que las normas entren en vigor veinte días después de su publicación en el *BOE* —pero el Código penal tuvo una *vacatio legis* más larga—, y están en vigor en principio hasta que sean derogadas. Ha sido promulgada mediante la escritura y atendiendo a ciertas formalidades (como, por ejemplo, haber sido publicada en el *BOE*). Y la sanción que establece es pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

Según Von Wright, el *núcleo normativo*, lo que las prescripciones —en su terminología— tienen en común con los otros tipos de normas, está constituido por los tres primeros elementos: el carácter, el contenido y la condición de aplicación. Se explica así que Alchourrón y Bulygin, siguiendo de cerca esta sugerencia, hayan podido dar una definición de lo que es una norma en estos términos: norma es una correlación entre un *caso* (una serie de condiciones de aplicación) y una *solución* (carácter más contenido). Y que, en general, se haya partido siempre de que una norma (y una norma jurídica) asume la forma lógica de un condicional: si se dan tales y cuales circunstancias (supuesto de hecho), entonces alguien puede, debe o no debe realizar tal acción (consecuencia jurídica). Esto vale tanto para las que van dirigidas a los ciudadanos en general o a una clase de ellos (en el ejemplo que se está utilizando, a las mujeres), como para las dirigidas a los órganos jurídicos.

Moral social y moral crítica

Antes de examinar si el anterior análisis de los elementos de las normas jurídicas puede extenderse a las normas morales, religiosas o del trato social, conviene efectuar una subdistinción dentro de las normas morales que es de una gran importancia: pues, en efecto, una cosa es la *moral social o positiva*, el conjunto de normas morales vigentes en un determinado grupo y en un momento histórico concreto (la “moral establecida”), y otra la *moral crítica*, los principios morales que se consideran justificados y que cabe utilizar para la crítica de las instituciones sociales vigentes, incluida la moral positiva; los principios de la moral crítica pueden coincidir o no (o coincidir sólo en parte) con los de la moral establecida.

Normas jurídicas y normas no jurídicas: criterios de distinción

En general, suele admitirse que la diferencia más clara existente entre los diversos tipos de normas que se han mencionado estriba en que solamente unas de ellas (las jurídicas) establecen una *sanción* de carácter *externo* que puede consistir, en último término, en la aplicación de la fuerza física (de la coacción), y en que esa sanción está *institucionalizada* (existen ciertos órganos estatales —los jueces y otros órganos administrativos, la policía, etcétera— encargados de aplicarlas). La sanción de las normas de moral social tiene carácter externo (repulsa social, pérdida de prestigio, etcétera), pero carece en general de la posibilidad de recurrir a la fuerza *física* (aunque en ocasiones la *otra* fuerza pueda ser incluso más persuasiva) y no está institucionalizada (en el terreno de la moral no existe nada equivalente —aunque quizás sí análogo— a los tribunales o a la policía). Las normas de moral crítica tienen una sanción de carácter interno en relación con quien las asume (remordimiento de conciencia, sentimiento de pesar, etc., por haber actuado incorrectamente) y se utilizan también para formular críticas por el comportamiento ajeno contrario a esos principios. En el caso de las normas religiosas, puede decirse, en general, que la sanción hace referencia a instancias ultraempíricas (un cristiano pensará que será castigado en la otra vida, en el supuesto de que no ame a Dios sobre todas las cosas; y los cheyennes, como se recordará, pensaban que el homicidio afectaba a los fetiches de la tribu). De todas formas, si no siempre es fácil distinguir las normas religiosas de las normas morales, ello se debe a que estas últimas tienen muchas veces un origen religioso. Y, finalmente, las normas del trato social contienen una sanción de tipo externo, no institucionalizada y de menor intensidad o gravedad que las de la moral social: ser un grosero suele —o tendría que— resultar más llevadero que ser un inmoral.

Cabría todavía ofrecer una visión más completa de las diferencias y semejanzas entre estos diversos tipos de normas si, en lugar de un único criterio de distinción (la sanción), utilizamos todos los que permite el análisis que hemos efectuado de las normas (de las prescripciones) siguiendo a Von Wright. Así, limitándonos ahora al campo del Derecho y de la moral (y aunque no todos los criterios sean acertados), la diferencia entre ambos órdenes normativos se ha visto

en alguna ocasión en el carácter de las normas: a veces se ha pensado que la moral establece mandatos, esto es, obligaciones (de hacer el bien), a diferencia del Derecho que establece prohibiciones (de hacer el mal). Otras veces en el contenido: la moral regularía los actos internos, y el Derecho, los externos. En la condición de aplicación: las normas morales tienden a ser categóricas, y las jurídicas, hipotéticas. En la autoridad y/o el destinatario de las normas: las normas morales (las de la moral crítica) son autónomas, provienen del propio individuo que es, al mismo tiempo, autoridad y destinatario, mientras que las normas jurídicas (y, en realidad, también las normas de moral social) son heterónomas, provienen del exterior (del Estado, de los usos y costumbres, etc.). En la ocasión espaciotemporal: mientras que en las normas morales esos elementos tienen, por así decirlo, un carácter difuso, las normas jurídicas tienen límites espaciales definidos (el territorio de un Estado, de un municipio...), y se suelen dictar con una vigencia temporal indeterminada, pero pueden ser derogadas y sustituidas por otras mediante procedimientos establecidos. En la promulgación: a diferencia de lo que ocurre con las normas morales, la promulgación de las normas jurídicas exige ciertas formalidades, como publicación, sanción —en el sentido de ratificación o aprobación— por el jefe del Estado, etc. En la sanción que, como se ha dicho, es el criterio al que suele otorgarse una mayor importancia.

Clases de normas jurídicas

El análisis efectuado muestra también la posibilidad de emplear diversos criterios para clasificar las normas y, en particular, las normas jurídicas. Así, según su *carácter*, puede haber normas de mandato (de obligación o de prohibición) o permisos. Según su *contenido*, se hablará de normas abstractas (se refieren a clases de acciones) o concretas (se refieren a acciones específicas). Según la *condición de aplicación*, de normas hipotéticas o categóricas, o bien de diversos tipos de normas hipotéticas. Según la *autoridad*, de leyes, decretos, reglamentos, órdenes ministeriales...; o incluso de normas que proceden de autoridades (leyes en sentido amplio, sentencias) o que carecen de autoridad, esto es, que tienen un origen espontáneo (costumbres). Según el *sujeto normativo*, de normas generales (se dirigen a cualquier sujeto de una clase) o particulares (se dirigen a sujetos determinados). Según la *ocasión espacial*, de normas vigentes en todo un Estado, en una comunidad autónoma, en un municipio... Según la *ocasión temporal*, de normas retroactivas (regulan situaciones del pasado) o irretroactivas (regulan únicamente acciones futuras), vigentes de manera indefinida o por un espacio de tiempo determinado. Según la *promulgación*, de normas escritas o consuetudinarias. Según la *sanción*, de normas sancionadoras y normas sin sanción, o bien de normas con sanción negativa o positiva. Es importante observar que pueden utilizarse muchos criterios para clasificar las normas jurídicas (aquí sólo se han apuntado algunos de los posibles), pero hay que tener cuidado para no mezclar (aunque sí cabe combinar) más de un criterio en cada clasificación. Sólo de esta forma puede lograrse una clasificación formalmente correcta (y sin este requisito difícilmente resultará útil), es decir, que origine clases (o subclases) de normas que resulten

excluyentes entre sí (una misma norma no debe poder incluirse, en relación con cada criterio de clasificación, en más de una clase) y que sea exhaustiva (cualquier norma debe poder incluirse en alguna de las clases establecidas por el criterio).

El Derecho como conjunto de normas

Lo anterior da alguna pista para distinguir el Derecho de los otros órdenes normativos pero, por varias razones, no es suficiente. Una razón es que la distinción la hemos considerado sólo desde una determinada perspectiva, esto es, atendiendo a la estructura de las normas que componen cada conjunto, pero es posible que existan también diferencias desde otros puntos de vista. Por ejemplo, atendiendo a la función de los diversos ordenamientos o a los valores a que apuntan cada uno de ellos. Así, puede decirse que mientras el Derecho, como ya sabemos, puede regular cualquier aspecto de una relación social y, en ocasiones, lo hace con un gran detalle, la moral sólo se interesa por aspectos de la vida personal o social de las personas que tienen una especial importancia (no es concebible, por ejemplo, que una norma moral prescriba cómo han de ser las matrículas de los vehículos o las formalidades que han de seguirse para inscribirse en una Universidad). Y mientras el Derecho aspira a la regulación justa de las relaciones humanas, las normas del trato social se conforman con hacernos nuestra existencia más llevadera, y la religión apunta hacia la salvación en la otra vida.

Otra razón es que en las páginas anteriores hemos dado por supuesto que un orden jurídico está compuesto por enunciados —normas— de un único tipo, pero esto podría no ser cierto. De hecho, en la teoría del Derecho del siglo XX puede advertirse una tendencia de desarrollo que lleva a distinguir diversos tipos de normas o de enunciados jurídicos y a caracterizar a éstos no simplemente en atención a su estructura.

Las normas jurídicas como normas coactivas

El punto de partida de esa evolución puede situarse en la obra, gestada en el período de entreguerras, de Hans Kelsen. Para él, una norma jurídica es aquella que prescribe una sanción, de manera que todas tendrían una misma estructura: si es A (ilícito), entonces *debe ser* B (sanción). En el ejemplo que estamos utilizando: al hecho ilícito consistente en producir el aborto o consentirlo se le imputa una sanción (prisión o multa). Invirtiendo la terminología tradicional, Kelsen llama a estas normas *primarias o genuinas*, pues las otras (las normas *secundarias o derivadas*: está prohibido que una mujer produzca su aborto o consienta que otro lo haga) parecen ser una mera consecuencia lógica de las anteriores. Ahora bien, el problema de este tipo de planteamiento es que en nuestros Derechos aparecen con cierta frecuencia enunciados que no son fáciles de reconducir a ese esquema simple: desde normas que no parecen contar con ninguna sanción coactiva (como las que establecen obligaciones dirigidas a los órganos supremos), hasta enunciados que ni siquiera pretenden caracterizar una conducta como permitida,

obligatoria o prohibida. Por supuesto, se puede ampliar mucho el concepto de sanción, llegando a incluir en el mismo no sólo a las sanciones propiamente penales y a las civiles (la indemnización), sino también a las nulidades (el juez que declara nulo un testamento por la falta de una determinada formalidad estaría también aplicando una sanción). Se les puede negar el carácter de jurídicos a enunciados que forman parte de textos legales (por ejemplo, las exposiciones de motivos de las leyes o fragmentos extensos de nuestras constituciones). O se puede insistir en que todos los artículos, los enunciados, que aparecen en los sistemas jurídicos no expresan por sí mismos una norma completa, sino que muchos de ellos no serían más que antecedentes o fragmentos de auténticas normas, como ocurre, por ejemplo, con el art. 19 del Código penal español: “los menores de dieciocho años no serán responsables criminalmente con arreglo a este Código”. Pero con todo, esa construcción resulta excesivamente artificiosa y, de hecho, hoy es difícil encontrar a un teórico del Derecho que la suscriba.

Normas primarias y normas secundarias

La concepción normativista del Derecho que defiende Herbert Hart a comienzos de los sesenta puede considerarse como una superación de los planteamientos kelsenianos. Por un lado, Hart muestra que, si se acepta la teoría de Kelsen, es muy difícil, si no imposible, llegar a formular una norma jurídica completa, de manera que esa teoría resulta de escasa utilidad. Además, Kelsen parece contemplar el Derecho desde el punto de vista del transgresor de la norma, olvidando que, en muchos casos, el Derecho resulta aceptado por sus destinatarios. Y, lo que constituye la crítica más importante, la concepción de Kelsen, centrada en las normas que establecen obligaciones y prohibiciones, no permite explicar las normas que confieren poderes, a las que Hart atribuye una especial importancia. Para este último, el Derecho puede considerarse como un conjunto de normas, pero de diversos tipos. En su opinión, en un sistema jurídico evolucionado pueden distinguirse dos tipos fundamentales de normas a las que llama primarias y secundarias pero en un sentido diferente al usado por Kelsen o por los juristas tradicionales. Aunque Hart no es del todo preciso al establecer esa distinción (pues utiliza varios criterios no del todo coincidentes [v. Ruiz Manero, 1990]), las *normas primarias* o básicas serían las que prescriben que los seres humanos hagan u omitan ciertos actos, lo quieran o no, mientras que las *normas secundarias* serían normas de segundo grado, es decir, normas que se refieren a las primarias y que pueden subclasificarse, a su vez, en tres grupos: la *regla de reconocimiento*, que establece qué normas pertenecen al sistema, forman parte del Derecho; las *normas de cambio*, que indican cómo se pueden modificar y crear nuevas normas y quién puede hacerlo, y las *normas de adjudicación o de juicio*, que establecen los órganos que deben decidir si se ha infringido o no una norma primaria y fijan las consecuencias de ello. Las reglas del primer tipo, según Hart, imponen deberes; las del segundo tipo, confieren potestades, públicas o privadas: otorgan el poder de dictar sentencias o de establecer leyes (poderes públicos), pero también el de realizar contratos o efectuar testamentos (poderes privados).

El concepto de sistema jurídico

En algunos aspectos, la obra de los autores argentinos Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (que escriben, a comienzos de los setenta, un importante libro titulado *Normative Systems*) puede considerarse como un paso más en la crítica al prescriptivismo kelseniano. Por un lado, ellos entienden que un sistema jurídico está integrado por enunciados de diversos tipos, algunos de los cuales ni siquiera son normas (básicamente piensan en las definiciones: enunciados que no son normativos, pero que tienen efectos normativos). Y, por otro lado, siguiendo una tendencia que se puede encontrar en otros autores “postkelsenianos”, como Bobbio, trasladan el centro de gravedad en el estudio del Derecho desde las normas hasta el sistema o el ordenamiento jurídico. La noción de sistema jurídico que ellos elaboran con gran rigor puede presentarse como el último eslabón de una serie de definiciones que empieza con la de sistema deductivo. Por *sistema deductivo* entienden un conjunto de enunciados que contiene todas sus consecuencias. Esto quiere decir que el conjunto formado por los enunciados: 1) “los jueces deben castigar a los homicidas con la pena X” y 2) “H es un homicida”, constituye un sistema deductivo si contiene también el enunciado 3): “H debe ser castigado con la pena X”, que sería una consecuencia lógica de los dos anteriores. Un *conjunto normativo* es un conjunto de enunciados que contiene normas, pero no **sólo** normas (también puede incluir, por ejemplo, definiciones). Un *sistema normativo* es un conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias. Y, finalmente, un *sistema jurídico* es un sistema normativo que contiene normas que prescriben una sanción. La sanción, por lo tanto, no es una característica de cada uno de los componentes del Derecho, sino del conjunto, del sistema. Además, si el sistema jurídico se contempla diacrónicamente, esto es, como una sucesión de sistemas a lo largo de un lapso temporal, obtenemos la noción de *orden* o de *ordenamiento jurídico*. Con todo ello (más la noción de norma como correlación entre casos y soluciones) aparece también la posibilidad de definir con precisión algunas de las propiedades que pueden tener los sistemas normativos como la de ser plenos (esto es, carecer de lagunas: una laguna normativa sería un caso sin solución) o coherentes (carecer de antinomias: una antinomia o una contradicción normativa supone que para un mismo caso el sistema provee dos o más soluciones, incompatibles entre sí).

Reglas y principios

Por la misma época (hacia finales de los sesenta y comienzos de los setenta), Ronald Dworkin, seguramente el jurista más influyente de las últimas décadas, dirigió contra el positivismo jurídico (en particular contra el positivismo de Hart) una crítica que tiene mucho que ver con lo que aquí estamos tratando. Su tesis fundamental es que el Derecho no puede verse simplemente como un conjunto de reglas, tal y como habría hecho Hart. En opinión de Dworkin, además de *reglas*, esto es, pautas relativamente específicas de conducta, los Derechos contienen también *principios*, que pueden ser de dos tipos: las *policies* o directrices, las normas

que fijan objetivos de carácter económico, social o político, y los principios en sentido estricto, o sea, exigencias de tipo moral (como la de que nadie puede beneficiarse de su propio comportamiento ilícito), que establecen *derechos*. Lo que caracteriza a los principios frente a las reglas —según este autor— es que, mientras estas últimas pueden aplicarse en la forma todo-nada, los principios tienen una dimensión de *peso*: cuando se aplican para resolver un caso, deben ser ponderados entre sí, y el caso resuelto según el peso relativo atribuido a los diversos principios concurrentes. Además, a diferencia de las reglas, los principios no forman parte del sistema jurídico por su origen o fuente (esto es, utilizando el criterio establecido en una regla de reconocimiento), sino por razón de su contenido, lo que significa, en definitiva, negar la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la moral. Pero sobre esto se tratará en el próximo capítulo.

Las normas como razones para la acción

Antes de llegar a él, todavía nos quedan algunos pasos por recorrer, empezando por señalar una concepción sobre las normas que surge también en los años setenta y consiste en ver a éstas como razones para la acción. Este enfoque se debe sobre todo a Joseph Raz y ha sido desarrollado también por otros autores como Carlos Nino y Juan Carlos Bayón. Se parte de que existen varios tipos de razones. Unas, por ejemplo, son razones teóricas, razones para creer en algo: la información meteorológica que acabo de oír en la radio es una razón para creer que mañana puede llover torrencialmente en Alicante. Y otras son razones prácticas, razones para actuar: mi deseo de no correr riesgos es una razón para suspender el viaje que tenía proyectado hacer a Barcelona. En realidad, las razones para la acción suelen ser razones complejas y, con cierta frecuencia, resultan de la combinación de un deseo y una creencia: en el anterior ejemplo, lo que me lleva a suspender el viaje es mi deseo de no correr riesgos, junto con la creencia de que ese día la carretera puede ser peligrosa. El deseo sería aquí la *razón operativa*, lo que me mueve a actuar en cierta forma; otras veces, la razón operativa consiste en intereses, valores, etc. Y la creencia es la *razón auxiliar*, lo que hace que mi actitud práctica (no correr riesgo) se transforme en la decisión de no viajar. El conjunto formado por la razón operativa y la razón auxiliar es una *razón completa*.

Ahora bien, la razón que, en principio, tenía para viajar a Barcelona ese día era poder asistir a la representación de *Turandot* en el Liceo, al mismo tiempo que mi confianza en poder visitar a algunos amigos, ir a tal museo, etc. La situación podría, pues, describirse en términos de un conflicto de razones (serían *razones de primer orden*), ya que no todas ellas apuntan en la misma dirección, y que tendría que resolver deliberando sobre todos estos factores y atribuyendo un mayor peso a unos o a otros: la decisión de no viajar habría sido el fruto de un proceso de razonamiento práctico más o menos complejo en el que habría terminado por imponerse la razón de la seguridad. Sin embargo, no era ésta la primera vez que me encontraba en una situación semejante. Años atrás había pasado por momentos de apuro mientras conducía bajo una tromba de agua, y había adoptado entonces

como norma para el futuro no utilizar el coche cuando existiera una situación de alerta ante el riesgo de lluvias torrenciales. Esa norma actuó en la ocasión como una *razón de segundo orden excluyente*: fue una razón para hacer lo que ella establecía (no viajar en coche) y también para no tener que deliberar sobre las diversas razones (de primer orden) en conflicto entre sí. Tener una regla supone — como dice Raz— “haber decidido por adelantado qué hacer. Cuando se presenta la ocasión para la acción no se ha de considerar el asunto, pues la decisión ya está tomada”. Las reglas se justifican como mecanismos para ganar tiempo, para ahorrar trabajo o para reducir el riesgo de error al decidir lo que debe hacerse.

Según Raz, el Derecho pretende que las normas jurídicas tengan también este carácter. Así, por ejemplo, la que castiga el tráfico de drogas con una determinada pena debe ser considerada por los jueces como una razón excluyente para emitir una sentencia de condena contra un individuo X, si ha quedado probado que X realizó un acto de tráfico de drogas: la norma sería la razón operativa, y la realización del acto (o la creencia de que el mismo ha tenido lugar), la razón auxiliar. De acuerdo, pues, con el Derecho, cuando los jueces tienen que resolver un caso de tráfico de drogas no deben plantearse las razones a favor y en contra de prohibir ese tipo de acción, ni si la pena establecida es o no la adecuada. El juez del ejemplo puede tener una razón de primer orden para no castigar a X a la pena P: lo que se le aprehendió fue una cierta cantidad de hachís, y el juez cree (por consideraciones que no vienen aquí al caso) que el tráfico con esa sustancia no debería estar penado. Sin embargo, en su deliberación práctica, esa razón debe ser dejada de lado, porque hay una regla del Código penal que opera como una razón excluyente y que le obliga a condenar.

Las piezas del Derecho¹

Tipos de enunciados jurídicos

Si se tienen en cuenta todos los análisis anteriores, se podría llegar a la conclusión de que el Derecho, considerado como lenguaje —básicamente como lenguaje legislativo—, consiste en una serie de enunciados dirigidos en su conjunto a guiar la conducta humana, aunque todos ellos no sean propiamente normas y aunque existan además varios tipos de normas jurídicas. Lo que hace distintos a unos enunciados de otros (a unos tipos de normas de otros) no es sólo su estructura (la manera como están internamente organizados), sino también la función que cumplen en el razonamiento de sus destinatarios y la forma como inciden en los intereses y en las relaciones de poder presentes en una sociedad. Todas esas piezas del Derecho —los enunciados jurídicos— pueden clasificarse así:

- enunciados de carácter práctico
 - normativos
 - expresan normas
 - deónticas o regulativas
 - principios
 - en sentido estricto
 - directrices
 - reglas
 - de acción
 - de fin
 - no deónticas o constitutivas
 - reglas que confieren poder
 - reglas puramente constitutivas
 - expresan el uso de poderes normativos:
 - actos normativos
 - valorativos
 - de carácter no práctico: definiciones

Para dar una idea de todo ello algo menos abstracta vamos a partir de un pequeñísimo fragmento del Derecho español vigente: el que viene configurado por la ley sobre técnicas de reproducción asistida, promulgada en 1988.

Lo que esta ley regula es la utilización de técnicas como la inseminación artificial o la fecundación *in vitro*, y otras cuestiones ligadas con esas prácticas, como la investigación y la experimentación con gametos o preembriones (en seguida veremos lo que la ley entiende exactamente por preembriones). La materia no está de todas formas regulada en exclusiva por esa ley. También inciden en ella el Código penal, en el que hay un título dedicado a los delitos relativos a la manipulación genética; el Código civil en materia, por ejemplo, de filiación; la Constitución y, en particular, principios constitucionales como el de dignidad de la persona humana o el de autonomía personal; la ley de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, promulgada también en 1988 y que, en parte, se solapa con la anterior; la ley general de sanidad; diversas normas administrativas que desarrollan la ley sobre técnicas de reproducción humana asistida; varias sentencias y, en particular, una del Tribunal Constitucional (de 1999) que decidió sobre la constitucionalidad de muchos de los artículos de esa ley; y un largo etcétera de normas ligadas de diversas formas con la materia, además de muchos artículos doctrinales y datos científicos, necesarios para entender las normas en cuestión y manejarlas adecuadamente. Como se ve, dar cuenta de un sector del Derecho (que ocupa un espacio minúsculo del continente jurídico), y aunque sólo sea a efectos descriptivos, es siempre —o casi siempre— una tarea muy compleja.

Enunciados de carácter práctico y definiciones

La ley en cuestión contiene enunciados de carácter práctico, como el art. 15.2:

“Sólo se autorizará la investigación en preembriones *in vitro* viables:

a) Si se trata de una investigación aplicada de carácter diagnóstico, y con fines terapéuticos o preventivos.

b) Si no se modifica el patrimonio genético no patológico.”

Y enunciados de carácter no práctico, esto es, definiciones como la de “preembrión” que, de acuerdo con la Exposición de Motivos de la ley, designa “el grupo de células resultante de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el interior del útero”. Como ya sabemos, esa definición no tiene, por sí misma, efectos prácticos (no dirige la conducta), sino cuando la usamos para sustituir o aclarar el término “preembriones” que aparece en la anterior norma. La definición en cuestión limita el poder de interpretación de esa norma en ese aspecto, a diferencia de lo que ocurre con el término “viables” (y “no viables”), no definidos por el legislador (salvo en un aspecto: el art. 17 establece que los embriones abortados serán considerados como no viables) y que puede entenderse en un sentido estrictamente biológico (“no viables” son los embriones con alguna malformación o tara genética) o más que biológico (también cabría considerar como “no viables” a los preembriones sin defectos biológicos, pero que, tras haber sido congelados durante cierto tiempo, van a ser destruidos).

Por otro lado, el enunciado práctico del art. 15.2 difiere de enunciados que expresan juicios de valor, como es el caso de la referencia que se hace, también en la Exposición de Motivos, a la “dignidad de los individuos” como “límite de cualquier investigación científica y tecnológica”. Los juicios de valor (por ejemplo, “la dignidad de las personas es un bien”) pueden traducirse a enunciados o juicios normativos: quien acepta ese juicio de valor debe aceptar también (la norma de) que “se *debe* respetar la dignidad de las personas”. Además, el valor de la dignidad no está presente únicamente en normas muy generales (a las que llamaremos *principios*) como la que se acaba de enunciar, sino también en normas específicas (en *reglas*) como la contenida en el mencionado art. 15.2 cuya justificación no parece ser otra que la protección de ese valor. Nos encontramos, pues, con que las normas (los enunciados prácticos normativos) tienen un aspecto justificativo (son la expresión de un valor o de una serie de valores combinados en cierta forma) y un aspecto directivo: guían la conducta de sus destinatarios.

Normas regulativas o deónticas: principios y reglas; normas de acción y de fin

Las normas de las que estamos hablando (normas regulativas o deónticas) pueden ser principios o reglas, y unos y otras pueden regular acciones (por

ejemplo, la acción de autorizar una investigación, la acción de respetar la dignidad de las personas) o estados de cosas, fines que se trata de lograr (que disminuya la tasa de infertilidad, que avance el conocimiento científico en genética humana). Esta última distinción supone dos formas distintas de regular la conducta. En un caso (las normas de acción), si se dan ciertas circunstancias, entonces alguien debe, no debe o puede *hacer* algo. En el otro (normas de fin) se señalan ciertos fines a alcanzar y se deja que el destinatario elija (dentro de los límites fijados por otras normas) los medios adecuados para ello. Las normas de fin (ya se trate de principios —directrices: como los ejemplos anteriores— o de reglas —reglas de fin: por ejemplo, el ap. 5 del art. 6: “Se deberá garantizar que el donante tiene la máxima similitud fenotípica e inmunológica y las máximas posibilidades de compatibilidad con la mujer receptora y su entorno familiar”—) dejan siempre cierta discrecionalidad a los destinatarios: hay varias formas de lograr que disminuya la tasa de infertilidad o de hacer avanzar el conocimiento en genética humana.

Las diferencias entre las reglas (que —como se ha dicho— pueden ser de acción o de fin) y los principios (que también pueden ser de fin —*directrices*— o bien de acción —*principios en sentido estricto*—) pueden examinarse desde diversos puntos de vista. En el plano estructural, tanto las reglas como los principios tienen una forma condicional, pues establecen que si se dan determinadas circunstancias, entonces alguien debe, no debe o puede realizar cierta conducta o procurar cierto fin. La diferencia estriba en que las condiciones de aplicación de los principios están dados de forma muy abierta: tal es el caso de la directriz contenida en el art. 1.2 de la ley (“las técnicas de Reproducción Asistida tienen como finalidad fundamental, la actuación médica ante la esterilidad humana, para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces”); y, desde luego, del principio de que “se debe respetar la dignidad de las personas”, donde la apertura llega a tal punto que se puede considerar como una norma categórica en el sentido de Von Wright: no hay otras condiciones de aplicación que las que se desprenden del propio contenido. Por el contrario, en las *reglas*, las condiciones de aplicación son cerradas (las reglas son normas hipotéticas), en el sentido de que consisten en una serie de propiedades, definidas con mayor o menor precisión; en el ejemplo que estamos manejando, esas propiedades son: que se trate de una investigación aplicada de carácter diagnóstico, que sus fines sean terapéuticos o preventivos, y que no se modifique el patrimonio genético no patológico. Por eso, el “debe” de las reglas pretende ser concluyente, mientras que el de los principios es sólo *prima facie*.

Desde otra perspectiva, puede decirse que los principios y las reglas suponen razones para la acción de tipo distinto. Las reglas constituyen razones excluyentes, de manera que, si se dan las anteriores condiciones (y se acepta la regla contenida en el art. 15.2), no debe autorizarse la investigación, sin necesidad de entrar a considerar otras posibles razones (por ejemplo, de carácter moral, científico, etc.) que en principio fuesen de aplicación. Por el contrario, los

principios suministran razones más débiles (razones no excluyentes) que deben ser sopesadas con otras razones: la utilización de los principios implica siempre por eso un ejercicio de ponderación. Muchas veces, ese papel argumentativo de los principios (ponderar implica argumentar) permanece oculto, simplemente porque las reglas son, a su vez, el resultado de una ponderación entre principios (efectuado por el legislador): por ejemplo, el art. 15.2 parece ser el resultado de haber ponderado el principio de respetar la dignidad de las personas con el de hacer posible la investigación y asegurar la salud del futuro niño. Pero en ocasiones surgen casos para cuya resolución se precisa la utilización explícita o inmediata de principios: porque no hay regla aplicable o porque la regla que habría que aplicar no se ajusta a los valores del ordenamiento. Por ejemplo, la ley sobre técnicas de reproducción asistida estableció que los preembriones sobrantes de una fecundación *in vitro* ('sobrantes' quiere decir que no fueron transferidos al útero) se crioconservarán en bancos autorizados por un máximo de cinco años (art. 11.3), pero no se previó nada sobre qué hacer con esos preembriones, transcurrido ese tiempo. ¿Cabría investigar con ellos para fines que no sean de comprobación de su viabilidad o diagnósticos? La ley sólo permite estas últimas investigaciones en relación con preembriones "no viables", pero ¿son o no "viables" los preembriones que han superado el anterior plazo y que nunca podrán pasar de esa fase de desarrollo? Para resolver este caso, no cabe más que efectuar una ponderación entre principios que tienen distinta naturaleza y peso: unos son directrices, como la que señala que es deseable el desarrollo de la investigación en este campo y que la finalidad de las técnicas de reproducción asistida es combatir la esterilidad humana y prevenir y tratar enfermedades de origen genético o hereditario; otros son principios en sentido estricto, como el que fija la obligación de respetar la dignidad de las personas. Los primeros promueven la satisfacción de intereses sociales, y los segundos marcan límites a la protección de esos intereses. Los valores que satisfacen las directrices están, pues, subordinados a los valores (últimos) incorporados en los principios en sentido estricto de manera que, en este caso, si se concluyera que es posible investigar con preembriones crioconservados durante más de cinco años, tendría que ser por entender que ese uso en investigación no supone, en realidad, una lesión de la dignidad humana.

Normas regulativas y normas constitutivas

Ahora bien, la ley sobre técnicas de reproducción asistida no contiene únicamente (junto a definiciones y enunciados valorativos) este tipo (o estos tipos) de normas a los que hemos llamado regulativas o deónticas, y que pueden ser tanto normas de mandato (de obligación o de prohibición) como permisos. En el caso del art. 15.2 tenemos ambas cosas: una norma que *permite* autorizar la investigación en ciertos casos, y otra que (implícitamente) *prohíbe* la autorización en los otros supuestos (y, si se quiere, una tercera que prohíbe investigar sin autorización). Dejando a un lado también las normas que fijan sanciones para el caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en la ley (ésas son también normas —o *reglas*— de mandato: establecen la obligación de imponer una sanción si

se dan determinados requisitos), muchos artículos contienen normas que no obligan, prohíben o permiten realizar algo, sino que, dadas determinadas circunstancias, *constituyen* ciertos estados de cosas, provocan cambios normativos: por eso se dice que son normas *constitutivas* (no deónticas o regulativas). Por ejemplo, la ley concede a todas las mujeres (incluida la mujer sola —sin pareja— y la mujer con pareja del mismo sexo) el poder de ser usuaria de las técnicas de reproducción asistida (art. 6.1); e igualmente, atribuye al Gobierno el poder de crear una Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (art. 21), una de cuyas competencias es la de autorizar ciertos tipos de investigación (como los que se señalan en el art. 15.2) La estructura de estas normas (los dos anteriores son ejemplos de una categoría de normas constitutivas: las *normas que confieren poder*) es también de tipo condicional, pero en ellas no existe lo que habíamos llamado *carácter normativo*; lo que establecen es que, si se dan determinadas circunstancias y alguien (una mujer mayor de edad en pleno uso de su capacidad de obrar, en un caso, el Gobierno, en el otro) realiza una cierta acción (prestar su consentimiento en un centro autorizado; dictar un decreto-ley con determinado contenido), entonces se constituye (en virtud de esas normas) una realidad, un estado de cosas (normativo) que no existía antes: la mujer pasa a ser usuaria de esas técnicas, con lo que adquiere nuevos derechos y obligaciones; se crea un nuevo órgano administrativo con ciertas competencias, dotación presupuestaria, etc. Las normas que confieren poder en cuanto tales —hay que insistir en ello— no son normas regulativas (no son prescripciones), sino que se asemejan más bien a algunas reglas de los juegos, como las que establecen que si se realiza determinado tipo de acción —por ejemplo, introducir el balón en la portería contraria, siempre y cuando no haya sido con la mano, en fuera de juego o mediante la comisión de otro tipo de falta—, entonces eso cuenta como un gol en el fútbol. Lo que en ellas (en las normas que confieren poder) está calificado deónticamente es el ejercicio del poder. En ocasiones, está permitido, como ocurre en el ejemplo de la mujer capaz y, en general, cuando se trata de poderes privados. Otras veces tiene carácter obligatorio: en el caso del poder atribuido en el ejemplo al Gobierno y, en general, cuando se trata de poderes públicos. E incluso puede estar prohibido: el parlamento tiene el poder (en el sentido de la capacidad, no en el de que le esté permitido) de dictar una ley inconstitucional, y el Gobierno de dictar un reglamento ilegal, lo cual significa que mientras esa ley y ese reglamento no sean anulados —y a veces no lo son nunca— producen ciertos efectos jurídicos.

Las reglas que confieren poder son el tipo principal de normas constitutivas, pero existen otras, las *normas puramente constitutivas*, que producen un resultado normativo sin necesidad de que alguien realice una acción (ejercite un poder) y que, de alguna manera, vienen a ocupar un lugar intermedio entre las normas que confieren poderes y las definiciones. En la ley sobre reproducción humana asistida encontramos también algún ejemplo de ello, como el art. 11.4: “Pasados dos años de crioconservación los gametos o preembriones que no procedan de donantes quedarán a disposición de los Bancos correspondientes”.

Vistas desde la perspectiva de las razones para la acción, las reglas que confieren poder (y también, aunque indirectamente, las puramente constitutivas) suministran razones *auxiliares* para perseguir ciertos intereses que pueden o no ser los del titular del poder: ejemplo de este segundo supuesto es la patria potestad que los padres tienen en relación con los hijos (para satisfacer intereses de estos últimos) o los poderes de los órganos públicos (que se otorgan para procurar el interés general). Lo que funciona como razón *operativa* para producir el nuevo estado de cosas es, bien los deseos o intereses del agente (cuando se trata de normas que confieren poder de ejercicio facultativo: por ejemplo, una mujer ejerce el poder de ser usuaria de una técnica de reproducción asistida para lograr su deseo de ser madre), o bien una norma de mandato (cuando el ejercicio del poder es obligatorio: el Gobierno creó la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida para cumplir con lo establecido en la ley).

Por otro lado, las normas que confieren poder dan lugar también a enunciados jurídicos que no son propiamente normas, sino actos normativos, esto es, supuestos de usos performativos del lenguaje, de actos lingüísticos; así, en aplicación de la correspondiente norma que confiere poder nos podemos encontrar con actos (de lenguaje) normativos como los siguientes: “se crea la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida”; “se nombra a ... miembro de la Comisión Humana de Reproducción Humana Asistida”; “se deroga el apartado... del artículo...”; “se anula el art... de la ley...”; “se condena a... a la pena de un año y seis meses de prisión”. De manera que los *actos normativos* no son normas, pero mediante ellos se crean, se modifican, se aplican o se derogan normas.

La regla de reconocimiento

Como se ve, la composición del universo jurídico, y de cada uno de los conjuntos o subconjuntos que lo integran, reviste una mayor complejidad de lo que pudiera parecer a primera vista. Pero, además, es posible que no podamos dar cuenta del Derecho, de los enunciados o normas que lo componen, sin salirnos fuera del mismo, esto es, sin recurrir a un tipo de norma que sirva como vínculo entre el Derecho y la sociedad de la cual forma parte: es lo que Kelsen llamó *norma fundamental* y Hart, con algunas diferencias en cuanto a su configuración, *regla de reconocimiento*.

El problema que trata de resolverse recurriendo a este nuevo y muy peculiar tipo de norma es el siguiente. Hemos partido de que las normas contenidas en la ley sobre reproducción humana asistida son, básicamente, las normas a aplicar, y que se deben seguir, en relación con las cuestiones allí reguladas. ¿Pero por qué? ¿Por qué se sabe que son ésas las normas y no otras? ¿Y por qué se deben obedecer? La respuesta que cualquier jurista —y la mayor parte de las personas cultas— daría es que esa ley es Derecho válido en España porque se dictó de acuerdo con los criterios establecidos en las normas constitucionales, y que debe ser obedecida como consecuencia lógica de nuestro deber de obedecer la

Constitución. Ahora bien, con ello no se resuelve del todo el problema. La Constitución es la última referencia *dentro* del sistema, pero no es la última respuesta a nuestra pregunta. Sencillamente, porque podemos seguir preguntándonos por qué es Derecho válido y por qué debe obedecerse la Constitución española de 1978. Contestar apelando a la propia Constitución (que en uno de sus artículos establece que sus normas son jurídicamente obligatorias) no es obviamente satisfactorio, como tampoco lo es del todo referirse a su aprobación en un referéndum: el referéndum era un procedimiento establecido en las leyes fundamentales del franquismo (hay una continuidad formal entre el ordenamiento del antiguo régimen y el constitucional), de manera que ello equivaldría, en el fondo, a apelar de nuevo a la Constitución. Se necesita recurrir a algo más sólido, algo que no suponga incurrir en autorreferencia, y ese algo es precisamente la regla de reconocimiento.

Una de las peculiaridades de tal regla es que ella no es ya jurídica, sino *metajurídica*. No pertenece al Derecho y, por ello, no tiene sentido decir que sea válida o inválida, como tampoco tendría sentido preguntarse (la analogía es del propio Hart) si el metro patrón de París mide realmente un metro. Una formulación posible de la regla de reconocimiento del Derecho español actual sería ésta: “son normas válidas del Derecho español, y deben obedecerse, las contenidas en la Constitución de 1978, las dictadas de acuerdo con la Constitución y las establecidas con anterioridad y que no contradicen la Constitución”. Como se ve, esa regla tiene una doble faz. Por un lado, es una especie de definición que señala cuáles son las normas del Derecho español y da una cierta unidad al ordenamiento, ya que desde cualquiera de sus puntos (por ejemplo, una norma cualquiera de la ley de reproducción humana asistida) podemos remontarnos hasta ella. Y, por otro lado, es una regla (no un principio) de mandato que establece la obligación de obedecer la Constitución y las normas conformes con la Constitución. Esa regla de reconocimiento existe, porque existe en nuestro país la práctica social (conformada por los jueces, los abogados, los legisladores y la gente en general) de identificar el Derecho válido de acuerdo con ella, y de obedecer, en general, lo ahí establecido, esto es, de obedecer a la Constitución. Por lo tanto, la regla de reconocimiento no es una norma puesta por una autoridad (como ocurre con la Constitución, aunque, si se quiere, la autoridad en este último caso sea el pueblo que la aprobó en referéndum), sino una norma consuetudinaria, establecida por el uso. Dicho de otra forma, no es un acuerdo, un pacto, sino una costumbre.

Ahora bien, la regla de reconocimiento puede considerarse como el último punto de referencia en el Derecho, pero todo no se acaba tampoco con la cuestión de su existencia. Además de constatar si existe o no existe, podemos preguntarnos también si esa norma —esa práctica social— está o no justificada, si debe o no ser seguida, lo cual nos lleva inevitablemente al campo de la moral. La respuesta —la respuesta última— a si se debe obedecer o no la Constitución y, en definitiva, el Derecho, no puede ser más que moral.

Capítulo 4

Derecho y moral

De las normas a la moral

Conceptos normativos

Ver el Derecho desde el prisma de las normas nos permite dar cuenta de una buena porción de los conceptos que constituyen la red que necesitamos —y que los teóricos del Derecho han ido tejiendo— para poder aprehender el material jurídico. Una importancia fundamental tiene la división entre normas regulativas y normas constitutivas (que, aproximadamente, viene a corresponderse con la distinción hartiana entre normas primarias y secundarias). A partir de la noción de norma regulativa, por ejemplo, se pueden introducir las de ilicitud y licitud jurídica: ilícitas son las acciones opuestas a normas de mandato (los permisos no dividen la conducta en lícita o ilícita, pues no se pueden incumplir: si una determinada acción está permitida, entonces es lícito tanto realizarla como dejar de hacerlo); a la noción de ilícito se vincula la de deber (la realización de un ilícito implica el incumplimiento de un deber), la de sanción (se impone a alguien una sanción por haber realizado un ilícito, aunque no todos los actos ilícitos lleven aparejada una sanción), la de responsabilidad (responsable jurídicamente es el sujeto al que se aplica la sanción), etc. Por otro lado, la noción de norma constitutiva (o, más precisamente, de norma que confiere poder) es la clave para comprender el concepto de validez: un acto o una norma es válido(a) si se ha realizado o se ha dictado de acuerdo con los requisitos establecidos en la correspondiente norma que confiere poder; y con la validez se vincula la noción de nulidad o anulabilidad: como consecuencia del incumplimiento de esos requisitos, no se produce, o no se produce del todo, el resultado previsto en el consecuente de la norma (se anulan sus efectos).

Se podría decir también que las normas regulativas llevan a las nociones características de la estática jurídica, esto es, del Derecho considerado en estado de reposo: a las anteriores nociones puede añadirse el concepto de laguna jurídica (un caso no regulado por ninguna norma), el de antinomia (un caso regulado por más de una norma con soluciones incompatibles) o el de sistema jurídico (en el sentido indicado en el capítulo anterior). Mientras que las normas constitutivas son la clave para comprender la dinámica jurídica, el Derecho visto como la serie de actos mediante los cuales se produce, se interpreta y se aplica el propio Derecho.

Pero la visión normativa del Derecho lleva también al tema de la moral. Hemos visto que existen muchas analogías entre las normas jurídicas y las morales

pero también algunas diferencias: por ejemplo, las normas jurídicas —o algunas de ellas— están respaldadas con una sanción institucionalizada y de tipo coactivo, lo que no ocurre con las morales; además, en la moral no parece haber normas de tipo constitutivo, o al menos, no con la importancia que tienen en el Derecho, y de ahí que suela decirse que los sistemas morales, a diferencia de los jurídicos, son estáticos, en el sentido de que no contienen procedimientos (normas) relativos a la creación, aplicación e interpretación de las mismas. La regla de reconocimiento — como se señalaba al final del anterior capítulo— lleva a plantearse el problema de si el Derecho debe o no ser obedecido, cuya respuesta (positiva o negativa) no puede ser más que moral. Y una de las cuestiones más disputadas de la teoría del Derecho contemporánea es la de si la juridicidad de las normas puede determinarse prescindiendo de criterios morales (ésta es la tesis clásica del positivismo jurídico) o si, por el contrario, se necesita recurrir a criterios morales (Dworkin, como se recordará, piensa que esto último es lo que ocurre con una parte de las normas jurídicas, con los principios).

Relaciones entre el Derecho y la moral

Las relaciones entre el Derecho y la moral pueden contemplarse, como es obvio, desde muy distintos planos. Para empezar, es indudable que existen grandes afinidades terminológicas y conceptuales: en uno y otro caso se habla de derechos y deberes, de licitud e ilicitud, de responsabilidad, de libertad, de igualdad... Muchas de las normas jurídicas (las más importantes) coinciden en cuanto a su contenido con normas morales: así ocurre con una buena parte de las normas constitucionales, de las que integran el Código penal o de las que enuncian los principios básicos de la legislación civil. Y el propio Derecho positivo no deja de incidir en la moral, en la moral social; una prueba de esto último lo ofrece el hecho de que cuando la regulación de una cuestión disputada (por ejemplo, el aborto) sufre una modificación legislativa (y, siguiendo con el ejemplo, ciertos tipos de conductas abortivas que eran consideradas delitos pasan a ser jurídicamente lícitas), eso influye en las opiniones morales de la gente, de manera que aumenta el número de quienes consideran moralmente lícitas esas conductas.

Si del plano objetivo de las normas pasamos al subjetivo de los diversos operadores jurídicos, el resultado es semejante. Los jueces —como no podía ser de otra forma— tienen que enfrentarse con problemas morales, con problemas de conciencia, al menos cada vez que tienen que aplicar normas que consideran injustas. A veces se dice que el oficio del juez —por lo menos, en un Estado de Derecho— es aplicar correctamente el Derecho democráticamente establecido y no plantearse (en cuanto juez) su justicia o injusticia, pues esto último correspondería en exclusiva al legislador, a la asamblea democráticamente elegida para ese menester. Pero esto último, por extraño que parezca, sigue siendo una respuesta moral y, por cierto, discutible.

Es una respuesta moral, porque lo que se viene a decir con ello es que en la

conciencia del juez debe operar como razón última para su decisión el hecho de que el legislador haya dictado una determinada norma, y no su punto de vista personal sobre la cuestión que haya de juzgar. Ahora bien, si las razones morales son —podría decirse que *por definición*— las razones últimas que un sujeto tiene para decidir en una forma u otra una cuestión práctica, entonces la norma que dice que uno —o que el juez— debe actuar siempre de acuerdo con el Derecho positivo es una norma moral. Y es, además, discutible porque semejante idea implica una claudicación del principio de la autonomía de la moral (de que la moral —la moral crítica— no es algo que se nos impone desde fuera, sino las normas y principios que cada uno de nosotros elabora), que no es fácil de justificar. Es, sin duda, razonable que el origen democrático de las normas juegue como una presunción a favor de la moralidad, del carácter moralmente justificado, de las mismas. También puede entenderse que el juez, *por razones morales*, considere justificado aplicar una norma que no coincide del todo con sus propios criterios de moralidad (pues de esa manera asegura valores morales básicos: la propia existencia de un sistema jurídico sin ir más lejos). Pero ya es más difícil de aceptar que esté justificado (moralmente) que un juez (o cualquier individuo) deba hacer algo que chocha frontalmente contra su conciencia: ¿Debe por ejemplo un juez aplicar la pena de muerte si es un abolicionista convencido? ¿Quizás deba hacerlo sólo en aquellos países en los que existe una opinión mayoritaria clara a favor de ese tipo de castigo? ¿Debe condenar a varios años de cárcel a un “insumiso” cuando él juzga la acción de este último no sólo no merecedora de reproche, sino incluso loable desde el punto de vista moral? ¿Puede hacer una y otra cosa sin sentir remordimiento moral o, cuando menos, pesar por su acción?

Tampoco es ajena la moral al trabajo de los abogados, y por razones semejantes a las que se aplican a los jueces. Si un abogado contribuye a la realización de una injusticia, su responsabilidad moral no queda eliminada alegando simplemente que lo hizo, no como individuo particular, sino en el ejercicio de su profesión. La abogacía, como cualquier otra profesión, no cancela los problemas morales, sino que los modula de una determinada forma. Si antes, a propósito de los jueces, decíamos que las razones morales son las razones últimas a las que acude quien ha de resolver un problema práctico, ahora podríamos añadir que son también razones únicas, en el sentido de que los principios morales básicos son los mismos para todos aunque, naturalmente, de ellos se desprendan reglas específicas para cada profesión o para cada esfera de actividad. Pero a los abogados se les aplica sin duda la norma (moral) de que no todo lo que es técnicamente posible (aquí: posible utilizando hábilmente el Derecho positivo) es moralmente correcto. De hecho, la práctica de la abogacía está tradicionalmente regida por códigos deontológicos, esto es, por normas que tienen un estatuto a mitad de camino entre el Derecho y la moral.

Los ciudadanos que viven bajo un sistema jurídico no parten tampoco de que el Derecho y la moral sean mundos completamente separados. Si, en general, se considera que el Derecho de un Estado democrático es legítimo y, en

consecuencia, que deben obedecerse sus normas, es porque se entiende que ese Derecho asegura (aunque sea imperfectamente) valores morales: una cierta libertad, una cierta igualdad, una cierta justicia. La ley no se cumple, o no se cumple siempre, simplemente porque sea la ley, sino porque se entiende que es justa. Y de ahí que cuando se percibe su carácter injusto (o particularmente injusto) surjan movimientos sociales para acabar con esa situación. A veces eso tiene lugar mediante vías pacíficas de oposición al Derecho, como ocurre con la llamada desobediencia civil; el movimiento de los años 60 en los Estados Unidos para reclamar derechos civiles y oponerse a la discriminación racial es un ejemplo de ello, al igual que el de los objetores o los insumisos en España en los últimos años. Y otras veces asume formas violentas, como ocurre con las revoluciones. Pero la moral, naturalmente, no es tampoco ajena a los cambios revolucionarios. Con independencia de que el uso de la violencia esté o no moralmente justificado (de hecho, a veces lo está y a veces no), es difícil que alguien considere legítimo acudir a esos medios si no es para lograr fines últimos, esto es, fines a los que atribuye un carácter moral.

A las consideraciones anteriores se podría objetar quizás que, a pesar de las conexiones señaladas, la tendencia a la separación entre el Derecho y la moral es un rasgo característico del mundo moderno y que, en particular, sustraer del campo del Derecho las cuestiones que afectan a la vida privada de los individuos y dejar, por tanto, que cada cual las decida de acuerdo con sus propias opiniones morales es toda una conquista civilizatoria. Pues bien, no cabe duda de que esto es así, pero ello no afecta a la tesis que se viene sosteniendo, porque se sitúa en un plano distinto. Es cierto que un sistema jurídico no debería usarse como un instrumento mediante el cual un sector social trata de imponer al resto un particular código moral, una determinada forma de vida, pero no lo es menos que sería inconcebible —y, desde luego, injustificable— un Derecho que no asegurara lo que suele denominarse un “mínimo ético”. En nuestras sociedades, el Derecho es una condición para la moralidad, y buena prueba de ello es que se necesita también del Derecho para asegurar y cuidar de que cada cual pueda vivir libremente de acuerdo con sus opciones morales.

Iusnaturalismo y positivismo jurídico

La separación entre el Derecho y la moral

Ahora bien, si las cosas son así, lo que resulta un tanto inexplicable es que se haya concedido —y se conceda— tanta importancia a la contraposición entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico que muchas veces se presentan como las dos grandes concepciones del Derecho. ¿Cómo habría que entender, en particular, la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la moral? La mayor parte de los autores positivistas no tendrían la menor dificultad en reconocer que son ideas morales o de justicia las que determinan muchas veces la aparición de las normas jurídicas o las que llevan a un juez a tomar una u otra decisión. Tampoco parecen

tener inconveniente en aceptar que si el Derecho no respeta un “mínimo ético”, si sus normas se apartan drásticamente de ciertos principios y normas morales de carácter muy básico aceptadas socialmente, entonces resulta sumamente improbable que ese sistema jurídico pueda perdurar. Y al menos algunos de ellos podrían suscribir todo lo dicho en el anterior apartado sin considerar que tuvieran por ello que modificar en nada su concepción del Derecho. ¿Cómo es eso posible? La respuesta que probablemente nos dieran es que lo que ellos pretenden defender no es una tesis *empírica* sobre las relaciones entre el Derecho y la moral, sino una tesis *conceptual* y quizás también una tesis *práctica*. Veamos, en una primera aproximación, lo que eso quiere decir.

La tesis conceptual se refiere a la posibilidad de identificar un sistema jurídico, de calificar una realidad como jurídica, sin necesidad de recurrir a criterios de justicia. Esa posibilidad es la que tradicionalmente han negado los autores iusnaturalistas, recurriendo para ello a argumentos de diverso tipo. Uno de los más influyentes es el que utilizó Agustín de Hipona (aunque parece que no fue el primero en hacerlo) en uno de los capítulos de *La ciudad de Dios*. Ahí trae a colación el caso del pirata que es hecho prisionero por Alejandro Magno, y, frente a los reproches que le dirige éste por tener atemorizados los mares, le replica así: “porque yo ejecuto mis piraterías con un pequeño bajel me llaman ladrón, y a ti porque las haces con formidables ejércitos, te llaman rey”. Pues bien, a este crudo realismo del pirata, que le lleva a no ver entre los órdenes coactivos más diferencias que las de carácter cuantitativo, Agustín opone la necesidad de considerar también su justicia o injusticia. Pues en otro caso: “si de los gobiernos quitamos la justicia, ¿en qué se convierten sino en bandas de ladrones a gran escala?”. O sea, yéndose a ejemplos más actuales, si prescindimos completamente de toda referencia a la justicia, ¿habría que decir que el “impuesto revolucionario” de un grupo terrorista supone una obligación (de pagarlo) de tipo jurídico, al igual que el “canon de protección” de ciertas organizaciones mafiosas?, ¿y debemos considerar también como jurídicas las normas racistas del nacionalsocialismo en Alemania o las medidas represivas de Stalin contra sus enemigos políticos?

La respuesta que un positivista jurídico daría a estos argumentos le llevaría a coincidir en parte con el pirata del ejemplo: hay gobiernos que efectivamente no se diferencian mucho de ladrones —o cosas peores— a gran escala; o, dicho de otra manera, el Derecho puede ser injusto: “la existencia del Derecho —escribió a comienzos del XIX Austin— es una cosa, su justicia o injusticia, otra”. Pero eso no lleva necesariamente a admitir que en todos los ejemplos anteriores pueda hablarse de Derecho. En concreto, un positivista (del siglo XX) podría echar mano cómodamente de la noción de regla de reconocimiento que ya nos es conocida (o de alguna otra equivalente) para concluir que la acción del pirata, del grupo terrorista o de la mafia no serían ejemplos de Derecho, sino precisamente de acciones antijurídicas, contrarias al Derecho; y ello, no porque nos parezcan disvaliosas o inmorales, sino porque ninguna de ellas puede verse como la aplicación o el seguimiento de una norma dictada de acuerdo con lo establecido en

una regla de reconocimiento (que, recuérdese, existe en la medida en que existe una práctica social en tal sentido). Por el contrario, en los ejemplos de la Alemania nazi, o de la dictadura estalinista (o de tantos otros regímenes inicuos como han conocido este siglo y los anteriores), los positivistas verían casos de producción de normas o de actos jurídicos, porque ahí sí que existió un sistema jurídico con su correspondiente regla de reconocimiento.

La tesis del carácter práctico se refiere a la actitud que cabe adoptar frente al Derecho, a si se debe o no obedecer el Derecho. En el caso de los autores iusnaturalistas, dado que para ellos hablar de Derecho implica hablar de algo que está justificado (“Derecho injusto” vendría a ser, en mayor o en menor medida, una contradicción), lo que parece seguirse, al menos en principio, es el deber de obedecer al Derecho. O, vistas las cosas desde el otro lado, para justificar la desobediencia a los mandatos del poder se necesita mostrar que esos mandatos no constituyen Derecho o verdadero Derecho; que una cosa es el Derecho positivo, el establecido —“puesto”— por el poder, y otra el Derecho natural, al cual debe acomodarse aquél. Una de las primeras manifestaciones que conocemos del Derecho natural es la que aparece en la *Antígona* de Sófocles (en el s. V a.C.), precisamente para justificar un acto de desobediencia.

El argumento de la tragedia es el siguiente. Creonte, el soberano de Tebas, había prohibido, bajo amenaza de muerte, dar sepultura al cadáver de Polinices, el cual había muerto atacando a esa ciudad. Antígona, hermana de Polinices, desobedece el edicto. Cuando es descubierta su acción y llevada ante Creonte no trata de defenderse negando los hechos de que es acusada o alegando desconocer la ley. Por el contrario, lo que hace es poner en cuestión su legitimidad: “Es que no fue Zeus, ni por asomo —dice dirigiéndose a Creonte—, quien dio esta orden, ni tampoco la Justicia aquélla que es convecina de los dioses del mundo subterráneo. No, no fijaron ellos entre los hombres estas leyes. Tampoco suponía que esas tus proclamas tuvieran tal fuerza que tú, un simple mortal, pudieras rebasar con ellas las leyes de los dioses anteriores a todo escrito e inmutables. Pues esas leyes divinas no están vigentes, ni por lo más remoto, sólo desde hoy ni desde ayer, sino permanentemente y en toda ocasión, y no hay quien sepa en qué fecha aparecieron.”

Al separar conceptualmente el Derecho de la moral, los autores iuspositivistas tienen que plantear el problema de la obediencia al Derecho de otra manera; o, mejor dicho, de otras maneras. Algunos simplemente no se lo plantean (o tratan de no planteárselo), pues consideran imposible hablar racionalmente acerca de la justicia; la obediencia o desobediencia al Derecho es un hecho que cabe constatar, pero no hay nada que pueda decirse —nada con sentido— en relación a si tenemos o no la obligación (entiéndase bien, la obligación moral, no la obligación jurídica) de obedecer esas normas. Otros (normalmente escépticos también en materia de moral) creen que los únicos criterios de justicia a los que cabe apelar son los que se contienen en el propio Derecho positivo: el Derecho debe obedecerse

porque es Derecho. Dado que, en realidad, quienes piensan así (y hay muchos juristas y no juristas que así piensan) están identificando el Derecho con la moral, esa postura se ha calificado de “pseudopositivismo” o de “positivismo ideológico”. Y otros (y ésta parecería la actitud más consecuente con el punto de partida) entienden que se necesita acudir a alguna teoría de la justicia para resolver si un determinado Derecho positivo, o algún aspecto del mismo, es o no justo y, en consecuencia, debe o no debe ser obedecido. Aunque en principio parezca extraño, esa teoría de la justicia podría tener carácter iusnaturalista, pues cabe pensar que lo justo es lo conforme con la naturaleza, con los principios del “Derecho natural” que ahora no conformarían el Derecho positivo, sino los criterios con que juzgarlo: el iusnaturalismo como concepción del Derecho (como tesis sobre el concepto de Derecho) y como concepción de la justicia son cosas distintas.

Llegados a este punto, no estará de más recordar que antes se había mencionado que las tesis positivistas (y también las iusnaturalistas) sobre las relaciones entre el Derecho y la moral tenían un carácter conceptual y quizás también práctico. Lo que justifica el “quizás” es que no parece haber una necesaria conexión entre ser iusnaturalista o iuspositivista y mantener por ello una cierta postura respecto a la cuestión de si un determinado Derecho positivo debe o no ser obedecido. Para mostrarlo, propongo al lector el siguiente experimento mental, que le servirá también para reparar en las diversas formas en que se puede ser iusnaturalista o iuspositivista.¹

“Si usted fuera presidente”

Imagínese que es usted el primer presidente constitucional de un país que acaba de pasar por una experiencia de varios años de dictadura militar sumamente cruenta, durante los cuales la población vivió bajo un régimen de auténtico terror. Bandas militares y paramilitares asesinaron e hicieron desaparecer a miles de ciudadanos. Durante esos años, ciertas leyes del anterior período constitucional continuaron vigentes (es decir, no fueron formalmente derogadas) y, en particular, estaban en vigor los artículos del código penal que castigaban el homicidio y el asesinato. Muchos de estos actos fueron denunciados por familiares de las víctimas, pero el resultado fue siempre negativo. Algunos de los jueces —bien por temor, bien porque compartían la ideología de la dictadura, o bien por una mezcla de ambas cosas— archivaban sin más las denuncias. Otros, que en principio parecían dispuestos a llevar adelante la investigación, eran obligados de diversas maneras a desentenderse de los casos, y, en algunos pocos supuestos de jueces particularmente íntegros, pasaron ellos mismos a integrar las filas de los asesinados-desaparecidos. Hace unos meses, cuando los militares vieron que no les iba a resultar fácil permanecer mucho más tiempo en el poder, decidieron convocar elecciones, pero no sin antes promulgar una ley mediante la cual se amnistiaban a ellos mismos respecto a los “excesos” que pudiesen haberse cometido en la lucha contra los “elementos subversivos”.

En el primer consejo de ministros del gobierno de coalición que usted preside, el primer punto del orden del día es: “Desaparecidos y ley de amnistía.” Como era de esperar, la opinión pública está ansiosa por conocer qué medidas adoptará el nuevo “gobierno constitucional” al respecto. Durante bastantes horas, los miembros de su gabinete van exponiendo sus variados puntos de vista. En un cierto momento, su agudeza analítica le permite comprobar que, *grosso modo*, existen cinco corrientes de opinión. Antes de tomar una decisión, pide que un representante de cada una de las cinco posturas resuma brevemente su punto de vista.

El ministro de Hacienda —que encabeza el primer sector— le dice lo siguiente: “A mí me han enseñado que el Derecho son las normas que dicta el poder establecido, con independencia de que el poder se haya adquirido y se detente por procedimientos democráticos o no. En este sentido, la ley de amnistía forma ya parte del Derecho de este país, y nosotros no podemos hacer más que acatarla, por repugnante que nos resulte. Por otra parte, creo que, políticamente, lo mejor que se puede hacer es tratar de olvidar lo antes posible estos años pasados. Desenterrar el asunto no conduciría a nada, como no sea a desestabilizar nuestra joven y frágil democracia.”

Los ministros democristianos del gobierno —a través de su portavoz, el ministro de Educación— se expresan así: “Considerar que el Derecho no es más que los dictados del poder es un grave error y una idea profundamente anticristiana que nosotros no podemos aceptar. La doctrina cristiana y católica, al menos desde San Agustín, ha demostrado fehacientemente que sólo son Derecho los mandatos en conformidad con la ley natural; en otro caso, no hay más que corrupción de la ley, como bien dijo Santo Tomás. Disiento por tanto de mi colega el ministro de Hacienda y considero que ni la ley de amnistía es una ley válida, ni puede incluso hablarse de que haya existido Derecho durante estos últimos años. Sin embargo, estoy de acuerdo con él en que lo mejor es tratar de olvidar cuanto antes lo que ha sucedido en nuestro querido país e iniciar una nueva andadura sin hurgar en las heridas del pasado. Ya Santo Tomás escribió sagazmente que una ley injusta debe sin embargo ser obedecida si con ello se evita un mal mayor. ¿Y qué hay de más cristiano que el perdón y la caridad? Nuestro consejo es, pues, éste: perdonemos y olvidemos.”

El tercero en exponer su opinión fue el ministro de Justicia que usted había elegido para tal cargo porque tenía fama de jurista fino y ponderado (y porque el partido de centro había condicionado a ello su apoyo al gobierno). “El que a partir de premisas opuestas —comienza afirmando— se pueda llegar a la misma solución muestra, en mi opinión, que mis dos queridos compañeros que me han precedido en el uso de la palabra no han aquilatado suficientemente su juicio. Yo comparto las premisas de don Joaquín —referencia al ministro de Educación—, pero no puedo seguirle en cuanto a las conclusiones. Sé que en su caso es su acrisolada bondad y hombría de bien lo que le lleva a pedir el perdón y el olvido para los

autores de las desapariciones, pero nuestra obligación es hacer justicia, no perdonar. El homicidio y el asesinato siempre han sido y serán crímenes execrables que deben ser perseguidos en cualquier país civilizado y que ninguna ley puede anular. Naturalmente, el ejercicio de la justicia exige también prudencia. Mi criterio, por tanto, es que se le den instrucciones al fiscal general para que se revisen todas las causas de los desaparecidos y se vuelvan a valorar cuidadosamente todas las circunstancias. Se puede, quizás, perdonar y olvidarse de quienes actuaron acatando órdenes de sus superiores, pero estos últimos no pueden —no deben— quedar sin castigo.”

A continuación interviene el ministro de Trabajo, representante de la izquierda moderada (la otra se ha quedado fuera del gobierno). “La solución propuesta por el ministro de Justicia se aproxima bastante a la que yo voy a proponer aquí, pero no coincide del todo con ella. El defecto fundamental de la misma, en mi opinión, es que, por un lado, deja demasiado al arbitrio de los jueces, lo que provocará que casos semejantes vayan a tener soluciones distintas y, por otro lado, puede dar una impresión de excesiva debilidad de cara a la opinión pública. Yo estoy de acuerdo con el ministro de Hacienda en que Derecho son las normas respaldadas por el poder del Estado y que tan Derecho es el de una dictadura como el de una democracia; lo otro, lo del Derecho natural, no es más que puro idealismo. Ahora bien, una cosa es decir que algo es Derecho y otra muy distinta que, por ello, deba obedecerse. Por otro lado, si los militares tenían el poder para dictar la ley de amnistía, nosotros —o, mejor, la Asamblea legislativa— tenemos ahora el poder democrático para anularla y dictar otra nueva en su lugar. Mi opinión, por tanto, es que se encargue al ministerio de Justicia la redacción de un proyecto de ley que derogue la ley de autoamnistía y tipifique expresamente como delitos las desapariciones ocurridas durante la dictadura. Por otro lado, no me opongo a que se consideren como atenuantes el haber actuado obedeciendo órdenes de un superior y otras circunstancias en que quepa pensar. Pero una ley, en mi opinión, serviría para clarificar las cosas y para dar credibilidad al nuevo gobierno.”

El último criterio en ser expuesto fue el del ministro del Interior que era, por otro lado, el único en sostener esa opinión. Habló así: “Yo no sé mucho de Derecho —él era, en efecto, uno de los pocos miembros del ejecutivo que no había frecuentado una Facultad de Derecho— pero tengo entendido que las leyes —y especialmente las leyes penales— no deben ser nunca retroactivas, como alguien ha aclarado en la anterior discusión. La opinión expuesta en último lugar me parece, por tanto, tan susceptible de crítica como las otras. Así es que, si nuestros doctos juristas no han encontrado ninguna solución satisfactoria debe ser, simplemente, porque el caso no tiene solución por la vía legal. Lo que propongo, en consecuencia, es que dejemos que las cosas se arreglen por la vía de hecho. Ya han empezado a conocerse casos de “ajustes de cuentas” y es de suponer que no han de ser los únicos. Nosotros podemos limitarnos a hacer sencillamente que la policía no entre en estos casos. Se consigue así, por un lado, que se haga justicia y,

por otro lado, que el gobierno no se vea directamente implicado en ello.”

Características y tipos de iusnaturalismo y de positivismo jurídico

Cuando el ministro del Interior calló, todos miraron hacia el presidente (es decir, hacia usted) esperando su opinión.

Pues bien, lo primero que salta a la vista de quien se enfrenta con este caso (relativamente) imaginario es que las actitudes prácticas, las propuestas sobre qué se debe hacer al respecto, pueden ser sustancialmente semejantes (es lo que ocurre en el ejemplo con los que sostienen la tercera y la cuarta opinión) y sin embargo estar basadas, la una (la tercera opinión) en una concepción iusnaturalista, y la otra (la cuarta) en una de tipo iuspositivista; y, viceversa, se puede compartir una concepción iusnaturalista (la segunda y la tercera) o iuspositivista (la primera y la cuarta) sobre la naturaleza del Derecho y, sin embargo, sostener puntos de vista muy distintos —por no decir antitéticos— respecto a la cuestión práctica de si se deben respetar o no las normas establecidas por las autoridades. De ahí no se sigue necesariamente que sea irrelevante partir de una u otra concepción del Derecho, pues podría ocurrir que la distinción en cuestión fuera de gran relevancia (teórica) a efectos de describir y de sistematizar el material jurídico; o bien que la relevancia (práctica) tuviera que verse en términos más finos, esto es, entre ciertas concepciones iusnaturalistas y ciertas concepciones iuspositivistas.

Conviene, pues, precisar algo más cuáles son exactamente las tesis que separan a los iusnaturalistas de los iuspositivistas y cuáles las principales variantes dentro de cada una de esas grandes concepciones, para tratar de ganar alguna claridad en este embrollado asunto.

Empecemos con los partidarios del Derecho natural. Todos (o, al menos, la inmensa mayoría de) los autores que se califican a sí mismos o que son calificados de iusnaturalistas parecen haber defendido estas dos tesis: 1) además, y por encima, del Derecho positivo (de la ley humana) existe un Derecho natural, esto es, un conjunto de normas y de principios válidos para todos los tiempos y lugares; 2) el Derecho (el Derecho positivo) sólo es tal si concuerda (al menos, en sus principios fundamentales) con el Derecho natural, esto es, si es justo. Por lo que se refiere a los iuspositivistas, las tesis mínimas que parecen compartir (y contrapuestas a las de los iusnaturalistas) serían estas dos: 1) Derecho es únicamente el Derecho positivo, entendiendo por tal los ordenamientos vigentes en cuanto fenómenos sociales que varían históricamente; 2) la calificación de algo como Derecho es independiente de su justicia o injusticia.

Ahora bien, de una y otra concepción existen versiones francamente distintas. No es lo mismo defender un Derecho natural basado en la religión y que, en último término, apela a la razón y/o a la voluntad de Dios, que uno de tipo secularizado, descubierto exclusivamente por la razón humana y que —como

escribía ya Grocio en el s. XVI— “existiría aun en la hipótesis (que él no juzgaba posible) de que Dios no existiese”. Ejemplo de lo primero es el iusnaturalismo medieval, el de autores como Agustín de Hipona o Tomás de Aquino, que lo usan para defender el orden feudal, el cual aparece, en definitiva, como una emanación de Dios: la ley humana deriva de la ley natural, la cual vendría a ser —en la formulación de este último— “la participación de la ley eterna —o sea, el orden de la creación— en la criatura racional”. Y de lo segundo, el Derecho natural racionalista de la época moderna que defiende la idea de que hay ciertos derechos de los hombres inalienables e imprescriptibles, que se imponen al legislador —al poder político— porque derivan de la misma naturaleza humana; la validez de las normas jurídicas queda condicionada al respeto de esos derechos y, con ello, también la obligación de obedecer al Derecho positivo.

Esta contraposición está todavía presente en el siglo XX. En su mayoría, los iusnaturalistas han tratado de fundamentar el Derecho en la religión (precisamente a través de la idea de un Derecho natural universal e inmutable), pero no han faltado tampoco autores que, como Fuller, han defendido una idea del Derecho natural que no tiene que ver con la religión y ni siquiera presupone la existencia de un Derecho “superior” al Derecho positivo. El Derecho natural tiene para él un carácter esencialmente procedimental y viene a identificarse con lo que llama la “moralidad interna del Derecho”. La idea es que para que exista un ordenamiento jurídico, y no un régimen de mera arbitrariedad, se necesita que se cumplan, al menos hasta cierto punto, diversos requisitos de carácter procedimental: por ejemplo, las normas que integran un Derecho han de tener carácter general, deben haber sido promulgadas, no deben ser retroactivas (deben referirse fundamentalmente al futuro, no al pasado), deben resultar claras e inteligibles, no deben ser contradictorias, ni exigir lo imposible, deben mantener cierta estabilidad a lo largo del tiempo, y deben también ser aplicadas de forma congruente con su formulación. Si no se cumplen mínimamente esas exigencias (como, en su opinión, habría ocurrido durante el nazismo), entonces no puede decirse que haya un Derecho, ni tampoco que exista una obligación de obedecerlo.

Por lo que se refiere a las versiones del positivismo jurídico, las dos formas principales son quizás el positivismo ideológico y el positivismo conceptual o metodológico. La primera es una concepción del Derecho a la que parecen estar especialmente inclinados los juristas prácticos y los cultivadores de la llamada dogmática jurídica y que, al menos en la práctica, puede ser indistinguible de una concepción de carácter iusnaturalista que entienda que el Derecho positivo incorpora los principios del Derecho natural. Así, en la España franquista la mayoría de los profesores de Derecho se consideraban iusnaturalistas, pero eso no les llevaba a negar carácter jurídico (por oponerse al Derecho natural) a ninguna de las normas o instituciones de aquel Derecho: ni al Tribunal de Orden Público —pongamos por caso— encargado de ejercer la represión sobre la disidencia política, ni a las leyes fundamentales del régimen, que establecían como bases del mismo principios de carácter autoritario que suponían la negación de los derechos

humanos más elementales. En la época constitucional, sin embargo, son muy pocos los que parecen creer en el Derecho natural, pero muchos los que identifican sin más el Derecho (ahora, democráticamente establecido) con la justicia, incurriendo así en claro positivismo ideológico.

El modelo más influyente de positivismo jurídico metodológico o conceptual del siglo XX se encuentra probablemente en la obra de Hart. A diferencia de Kelsen (el otro gran autor positivista del siglo), Hart no piensa que las normas de un sistema jurídico puedan tener cualquier contenido, y considera que se pueden establecer racionalmente unos mínimos contenidos de justicia que toda organización social debe incorporar para ser viable y que él denomina “contenido mínimo de Derecho natural”. Esas normas derivan de una serie de rasgos característicos del mundo y de los hombres como la vulnerabilidad humana, la igualdad aproximada, el altruismo limitado, los recursos limitados o la comprensión y fuerza de voluntad limitadas; de ahí extrae, por ejemplo, la necesidad de algún tipo de reglas que restrinjan el uso de la violencia o la necesidad de establecer sanciones. Hart acepta que existe una importante conexión entre el Derecho y la moral, que se plasma tanto en la utilización de un lenguaje y de unos conceptos comunes, como en el hecho de que el contenido de las normas jurídicas y de las normas morales es en buena parte coincidente, pero no cree que por ello deba renunciarse a distinguir la validez, de la justicia (el Derecho, de la obligación de obedecerlo): para él, una norma tiene carácter jurídico —pertenece a un determinado sistema jurídico— no por razones morales (aunque en su contenido coincida con una norma moral), sino porque el propio ordenamiento jurídico (o, si se prefiere, su regla de reconocimiento) le otorga validez jurídica.

Qué es lo que queda

Como resumen del apartado anterior, puede decirse que existen ciertas tesis mínimas que permiten caracterizar cada una de estas dos grandes concepciones del Derecho, pero diversas formas de ser iusnaturalista o positivista jurídico. Por eso, para tratar de aclarar las cosas, se puede empezar por descartar las versiones (y las tesis, o interpretaciones de las mismas) que no parecen estar justificadas, para ver qué es lo que queda —si es que queda algo— de cada una de ellas.

El positivismo (y el iusnaturalismo) ideológico

Para empezar, podemos prescindir del positivismo ideológico y del iusnaturalismo acrítico (que también es ideológico). El positivista ideológico viene a decir —como ya sabemos— que el Derecho debe ser obedecido simplemente porque es Derecho, con lo cual reduce la justicia al Derecho positivo, al Derecho vigente y, de alguna forma, identifica el Derecho con la moral: de ahí que se le acuse de incurrir en contradicción y de ser un pseudopositivista. Y el iusnaturalista ideológico parte aparentemente de la distinción entre el Derecho positivo y el Derecho natural, pero la utiliza de una manera acrítica e interesada: para decir —o

sugerir— que tal Derecho positivo coincide con el Derecho natural y, por ello, debe ser obedecido. Una prueba de que esas concepciones son, en realidad, teóricamente indefendibles es que nadie (o casi nadie) las sustenta de una manera abierta y declarada. Si tienen un gran arraigo entre los juristas (y entre los legos) es debido a razones que pueden calificarse de espurias y que están ligadas al hecho de que expresiones como “Derecho”, “moral”, “justicia”, “natural” o “legal” se prestan especialmente para servir de vehículo a un uso persuasivo del lenguaje.

En un capítulo anterior hemos visto que “Derecho” es una expresión ambigua y vaga. Además —puede añadirse ahora— tiene una fuerte carga de emotividad favorable. En el lenguaje, en efecto, existen expresiones neutrales (como, en general, las que designan conceptos científicos) y expresiones que suscitan emociones —estamos de nuevo situados en el plano pragmático del lenguaje—, bien sea de carácter negativo o positivo. Tienen una emotividad negativa términos como “fascista”, “dictador”, “arbitrario”, “ilegal”... aunque siempre dependiendo del medio en que sean utilizados; no es de descartar que tal político se ufane —entre sus íntimos— de ser un arbitrario y, desde luego, no falta quien tiene a timbre de honor ser un fascista. Y poseen una emotividad positiva otras expresiones como “demócrata”, “ecuánime”, o “Derecho”. En realidad, esta carga emotiva favorable de “Derecho” ya se había hecho notar anteriormente, al indicar que, en ciertas ocasiones, la expresión podía sustituirse por “justicia” o por “justo”. Las expresiones cargadas de emotividad corren el peligro de dar lugar a lo que un filósofo del siglo XX, C. L. Stevenson [1971], llamó *definiciones persuasivas*, que se producen cuando se cambia el significado descriptivo de una palabra para aprovechar su emotividad favorable o desfavorable con fines que no tienen nada que ver con la clarificación terminológica o conceptual, sino con el uso persuasivo del lenguaje. Eso es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se utiliza la expresión “democracia” para referirse a una forma de gobierno que no es la que se basa en el principio de la mayoría. Cuando los ideólogos del franquismo llamaron a ese régimen político “democracia orgánica”, y los de las dictaduras de los países del Este a los suyos “democracias populares” o “democracias reales”, lo que trataban era de suscitar entre la gente una actitud favorable hacia esos regímenes políticos, aprovechándose del prestigio de la expresión “democracia”.

El iuspositivismo y el iusnaturalismo que hemos llamado “ideológicos” manejan también una definición persuasiva de “Derecho”. Se aprovechan de la emotividad favorable de esta expresión, de que para la mayoría de la gente decir que algo es legal o conforme a Derecho implica, al menos en principio, que es justo, que debe ser obedecido, para sacralizar el Derecho existente y evitar que se plantee el problema del Derecho injusto, el problema de qué hacer frente al mismo. Los criterios para determinar que algo es Derecho les sirven también (pero en forma oculta, ideológica) para establecer la obligación (una obligación que —como se ha visto— sólo puede ser moral) de obedecerlo.

Ahora bien, con lo anterior no queda descartada la posibilidad de suscribir

un positivismo de tipo metodológico o un iusnaturalismo crítico, dispuesto a negar carácter jurídico a normas dictadas por la autoridad. De manera que si el iusnaturalismo y el positivismo jurídico no nos parecieran concepciones aceptables del Derecho, tendría que ser por razones distintas a las señaladas.

La crítica histórica al Derecho natural

Empecemos con el iusnaturalismo. La razón fundamental para no aceptar ese tipo de concepción (tal y como quedó definida anteriormente) es en lo esencial de carácter histórico. Como muy bien señaló González Vicén [1979] hace varias décadas, desde finales del XVIII o comienzos del XIX se impone en Occidente una nueva visión del Derecho (él la llama “la cesura más importante en la historia del pensamiento jurídico”), según la cual, el Derecho deja de ser considerado como un orden de la conducta con validez para todos los tiempos y lugares (eso es lo que significa la idea del Derecho natural) y pasa a ser contemplado como un fenómeno histórico, relativo a sociedades concretas y que es creado y modificado exclusivamente por actos humanos. Es lo que se ha llamado la “positivización” del Derecho que, en realidad, viene a ser un aspecto de la secularización de la sociedad que se inicia con la modernidad y culmina en la época de la ilustración. Eso explica que la ciencia jurídica moderna que —como se verá en un capítulo posterior— surge en Europa a comienzos del XIX, no se plantee ya como objeto de estudio el Derecho natural (como había hecho la Jurisprudencia de los dos siglos anteriores), sino el Derecho positivo o, mejor dicho, los diversos Derechos positivos. Y explica también que en el XIX y en el XX el iusnaturalismo haya parecido una concepción a contracorriente, de manera que cuando, sobre todo después de la segunda guerra mundial, se habló del “renacimiento del Derecho natural” se pusiera el mayor énfasis en aclarar que se trataba de un Derecho natural “histórico” o “de contenido variable” (lo que tiene algo de paradójico: lo “natural” sugiere la idea de algo que no cambia, que permanece siempre igual); o que Fuller —como se ha visto— haya defendido un Derecho natural “procedimental” frente al tradicional Derecho natural “sustantivo”.

Pero además, la idea del Derecho natural dejó en cierto modo de ser necesaria, de resultar funcional, desde esa época. Muchas de las exigencias que habían planteado los pensadores iusnaturalistas de la época racionalista —o, al menos, las que eran necesarias para asegurar el orden burgués— fueron recogidas por los códigos y por los sistemas jurídicos que se empiezan a edificar desde finales del XVIII. Y este fenómeno de conversión del antiguo Derecho natural en Derecho positivo se ha vuelto a producir después de la segunda guerra mundial, pero ahora tanto en el plano de los Derechos internos, como en el del Derecho internacional.

En el plano del Derecho interno hemos asistido, en efecto, en las llamadas democracias avanzadas, a una progresiva constitucionalización de los Derechos, como consecuencia de que a las constituciones (la española de 1978 es buen

ejemplo de ello) no se les reconoce ya un valor simplemente programático como en otros tiempos, sino que se las considera normas jurídicamente obligatorias que ocupan, además, la máxima jerarquía en el sistema. Las consecuencias que ello tiene son tan grandes que se habla del paradigma constitucionalista del Derecho para oponerlo al anterior paradigma positivista-legalista (basado en la soberanía del legislador, de la ley). Por ejemplo, la validez de las normas (incluso de las emanadas por el legislador democrático) depende ahora de su conformidad con la Constitución y, por lo que a nosotros nos interesa, de que no vulneren los derechos fundamentales recogidos en las constituciones y que, en buena medida, vienen a suponer la positivización de los antiguos derechos naturales del hombre.

Algo parecido ha ocurrido, o está ocurriendo, con el Derecho internacional, cuyo origen está en el “Derecho de gentes”, en cuanto conjunto de normas de ámbito universal que se entendía estaban a mitad de camino entre el Derecho natural y el Derecho positivo. Pues bien, en relación con ese ordenamiento, que se ha ido progresivamente “juridificando” (al ir apareciendo instituciones semejantes a las de los Derechos internos), se habla también de “constitucionalización” para referirse a la existencia en el mismo de ciertas normas (básicamente, las relativas a los derechos humanos contenidas en la Declaración universal de la ONU y en sus desarrollos posteriores) que se llaman de “ius cogens”, porque obligan a los Estados (los sujetos del Derecho internacional) con independencia de su voluntad (de lo establecido en los tratados o por las costumbres internacionales) y fijan así los límites de validez de las otras normas.

¿Es aceptable la tesis positivista de la separación entre el Derecho y la moral?

Ahora bien, las razones que existen para no suscribir el iusnaturalismo no llevan necesariamente a aceptar el positivismo jurídico. O, mejor dicho, suponen aceptar la primera de la tesis positivistas (la que suele llamarse de las fuentes sociales o del origen social del Derecho), pero en relación con la segunda (la de la separación —conceptual— entre el Derecho y la moral) las cosas no están ni mucho menos claras. Los positivistas —como se ha visto— sostienen a este respecto que es posible describir un Derecho sin valorarlo, que el juicio “esto es Derecho” es independiente de “esto es justo”. Por el contrario, los autores iusnaturalistas vienen a decir que el concepto de Derecho supone una necesaria referencia a la moral, a la justicia, y que la afirmación “esto es Derecho, pero es injusto” encierra, en consecuencia, algún tipo de contradicción. ¿Pero qué se quiere decir con esto último?

A veces algo ciertamente sencillo, pero también equivocado, que se plasma en la utilización de lo que puede llamarse un “argumento etimológico”: dado que el significado verdadero de las palabras se encuentra en su sentido originario, al que se llega a través de su etimología; y que, por ejemplo, en latín los términos que se utilizaban para expresar las nociones de Derecho y de justicia eran, respectivamente, “ius” y “iustitia”, que claramente tienen la misma raíz, o que, en

castellano, “justicia” tiene también la misma raíz que otras expresiones que se utilizan como sinónimos (al menos parciales) de Derecho (“jurídico”, “jurisdicción”, “juez”), y que otro tanto puede decirse de muchas otras lenguas; se llega a la conclusión de que sería incorrecto —o falso— romper esa conexión intrínseca entre el Derecho y la justicia. Lo equivocado del argumento consiste en aceptar una concepción esencialista del lenguaje que ya hubo ocasión de criticar. No cabe duda de que conocer la etimología de las palabras es interesante, pues nos descubre sentidos que pueden haber quedado ocultos, pero la etimología no nos muestra la *esencia*, el verdadero significado de los términos que, por lo demás, no existe. La relación entre el significante y el significado de las palabras es convencional, varía históricamente y según el contexto y la situación, de manera que hoy se puede practicar *nepotismo* (de *nepote*, sobrino) con la propia mujer, pagar una sanción *pecuniaria* (de *pecunia*, ganado) en metálico, o ser un *histérico* (la expresión viene de un término griego que significa útero) de sexo masculino.

Pero hay quizás mejores razones a las que cabe apelar para no considerar jurídico a un orden injusto, al menos cuando se trata de un grado extremo de injusticia. Un argumento al que se ha acudido con cierta frecuencia y que está ya presente en la *República* de Platón es el siguiente. Cada actividad tiene un fin que le es propio y que, de alguna forma, define esa actividad. Según eso, habría que decir, por ejemplo, que no ejerce la medicina alguien que descarta en sus actuaciones todo propósito de curar, aunque posea todos los conocimientos técnicos de un médico; sin incurrir en esencialismo, parece que tiene sentido afirmar que Mengele no ejercía de médico en Auschwitz. Y, de manera semejante, puede sostenerse también que no tiene carácter jurídico un régimen de pura arbitrariedad que carezca de todo propósito de ordenar con justicia la sociedad: lo que se describe en 1984 de Orwell o en algunos de los escritos de Kafka no serían sistemas jurídicos.

En realidad, el argumento no excluye del todo la posibilidad de que se pueda hablar de Derecho injusto, pero la limita: al igual que alguien puede ejercer muy mal la medicina, pero seguir siendo un médico, un sistema jurídico puede ser injusto y seguir siendo Derecho... pero sólo hasta un cierto punto. Según Fuller, lo que fija ese umbral es lo que llama “la moralidad interna” del Derecho que, además de tener un carácter procedimental, supone tan sólo un mínimo de justicia: puede haber un sistema jurídico (porque cumple con esos requisitos) que, sin embargo, sea calificado como injusto a la luz de patrones “externos”, sustantivos, de moralidad. Y algo parecido puede decirse en relación con la obra de un autor como Dworkin, al que a veces se califica de iusnaturalista: él defiende que lo que lleva a considerar como jurídicos a los principios son razones morales, razones de contenido (y no criterios formales, basados en la autoridad), pero no excluye la posibilidad de que puedan calificarse como jurídicas normas moralmente inicuas. Digamos que el iusnaturalismo —o algunas versiones del mismo— lo que viene a sostener es que, en su sentido central o focal, el Derecho se conecta necesariamente con la moral.

Pero llegados a este punto, conviene hacer algunas precisiones. La primera es que con lo que se acaba de decir no se quita (o no se quita del todo) la razón a los iuspositivistas. El argumento anterior sólo permitiría calificar como no jurídicas situaciones extremas e infrecuentes en la práctica; según algunos, incluso el Derecho nazi pasaría el test de la moralidad interna de Fuller, con la única posible excepción de algunas leyes que se mantuvieron en secreto. Y, en todo caso, lo que queda claro es que hay contextos en los que se pueden emitir juicios sobre la existencia de un sistema jurídico o de una norma o institución jurídica que son independientes de los juicios sobre su justicia o injusticia. Los tribunales de la Inquisición, por ejemplo, fueron tribunales jurídicos por muy injustos que nos parezcan sus procedimientos y sus decisiones; al igual que son jurídicas las normas establecidas y aplicadas en un país de integrismo islámico como Afganistán, en el que se discrimina ferozmente a la mujer; o las ejecuciones en aplicación de la pena capital que se llevan a cabo en muchos Estados de Norteamérica. Frente a alguien que lo pusiera en duda, un iuspositivista tendría razón en replicar que eso sólo conduce a aumentar la confusión terminológica y conceptual (puesto que usualmente se habla de “Derecho” en esos contextos), sin que tenga además ninguna consecuencia práctica (recuérdese el relato de las páginas anteriores). Es cierto —podría añadir— que un sistema sumamente arbitrario no es fácil que perdure, pero una cosa es una predicción sobre lo que ocurrirá en el futuro, y otra un juicio sobre el presente o sobre el pasado.

La dificultad para poder afirmar conjuntamente “esto es Derecho” y “esto es injusto” no se refiere a los juicios externos que un observador emite desde fuera, sin comprometerse con un sistema jurídico, sino a los emitidos desde la perspectiva del aceptante, del “hombre bueno”. Para este último, en efecto, no parece que tenga sentido afirmar simultáneamente ambas cosas, pues la identificación de una determinada realidad —por ejemplo, de una norma— como jurídica implica también que la considera justificada. La situación sería semejante a la de alguien que afirmase “el gato está sobre el felpudo, pero yo no lo creo”, pues lo que afirma en la primera parte de la frase presupone la aceptación de lo que niega en la segunda. Ahora bien, ¿no es cierto que sin aceptantes, sin un número mayor o menor de individuos que asuman esa perspectiva, no podría existir un sistema jurídico? ¿Y no es ésa la posición en la que se sitúan, por ejemplo, los jueces, o muchos de ellos? Imaginemos que un juez condena a un violador a una pena de cárcel de 6 años. Para ello se basa en una norma jurídica que establece que si se produce una cierta conducta, entonces él debe aplicar esa sanción. ¿Pero puede justificar el juez la pena si se limita a *describir* el hecho de que en su sistema jurídico existe una norma con ese contenido? ¿No se necesita además, si lo que pretende realmente es *justificarla*, un juicio de aceptación de esa norma que, en último término, no puede ser más que moral? En definitiva, ¿no habría alguna contradicción en el juez que fallara afirmando “condeno a X a la pena P, pero no lo considero justificado”? Y si fuera así, ¿no habría que reconocer que el discurso de los jueces, al menos con mucha frecuencia, es tanto descriptivo (muestra lo que establece el Derecho para un determinado caso) como valorativo o prescriptivo

(supone reconocer que eso que establece el Derecho está justificado, es lo que debe ser)?

La segunda precisión es más bien de carácter terminológico. Si se acepta una definición de iusnaturalismo como la recogida en las páginas anteriores, entonces no hay ninguna necesidad de ser iusnaturalista para reconocer que existe una conexión de tipo necesario o conceptual entre el Derecho y la moral. No hace falta para ello ni postular la existencia de un Derecho natural superior al Derecho positivo, ni tampoco el absolutismo moral, la tesis de que existen ciertos principios válidos para todos los tiempos y lugares y que no pueden ser discutidos, puesto que dimanen de la naturaleza. Lo que sí parece necesitarse es un mínimo de objetivismo moral o, dicho en forma negativa, no ser un relativista o un escéptico en materia axiológica. Si se aceptara que el mundo de los valores (de la moral) es el mundo de lo irracional o de lo no racional, entonces no podríamos dar cuenta de muchas de nuestras instituciones sociales y, en particular, de las jurídicas: la producción, interpretación y aplicación del Derecho tendrían que verse exclusivamente como actos de poder, como decisiones carentes de justificación. Para poner un solo ejemplo: si —como hemos visto— la motivación de una sentencia por parte de un juez incluye necesariamente juicios morales y éstos no fueran juicios estrictamente racionales, entonces no habría propiamente motivación —justificación—, sino simplemente la imposición arbitraria de un poder, disimulada con falsas razones. Pues bien, aunque es cierto que la mayor parte de los positivistas jurídicos del siglo XX (pero no todos) han sido escépticos con respecto al discurso moral, esa característica no se ha incluido en la anterior definición de positivismo jurídico, de manera que alguien podría seguir considerándose positivista y reconocer, sin embargo, que en cierto nivel existe una conexión necesaria entre el Derecho y la moral.

La conexión (y la separación) necesaria entre el Derecho y la moral

A donde nos lleva todo esto es a reconocer que existe una cierta discrepancia respecto a la forma de usar los términos “iusnaturalismo” y “positivismo jurídico”. A veces el iusnaturalismo se define únicamente a partir de la tesis de la no separación entre el Derecho y la moral (es lo que lleva a considerar como autores iusnaturalistas a Fuller o a Dworkin). Y entre las características definitorias del positivismo jurídico se incluye el escepticismo o no cognoscitivismo ético (lo que dejaría fuera, por ejemplo, a un autor como Hart). Ahora bien, puesto que —como ya sabemos— las definiciones son puramente convencionales y no parece que pueda darse una razón decisiva en favor de uno u otro uso lingüístico, quizás sea lo mejor abandonar esos rótulos, probablemente demasiado gastados y demasiado cargados emotivamente como para poder resultar de utilidad. Por lo demás, hoy parece existir una tendencia por parte de los autores que provienen de la tradición iusnaturalista a hablar más bien de “hermenéutica jurídica”, mientras que los herederos del positivismo jurídico tienden a usar rótulos como “positivismo crítico”, “positivismo inclusivo” y

algunos otros.

Pues bien, si prescindimos de la cuestión terminológica, lo que queda es la necesidad de vincular el Derecho con la moral, si se quiere comprender (no sólo describir o explicar externamente) el funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos y operar en ellos. El reconocimiento de una realidad como jurídica, como Derecho válido, no puede hacerse sin recurrir a la moral, puesto que la aceptación de la regla de reconocimiento del sistema (a diferencia de lo que opinaba Hart) implica necesariamente un juicio moral. Y los juicios morales son también necesarios para llevar a cabo las operaciones de producir, aplicar e interpretar el Derecho. Además, una teoría del Derecho verdaderamente interesante, que pretenda servir para la práctica, no puede limitarse a describir el Derecho desde fuera, sino que tiene que asumir, al menos hasta cierto punto, una perspectiva interna o hermenéutica.

Por lo que se refiere a los Derechos de las sociedades democráticas avanzadas, la conexión entre el Derecho y la moral es tan estrecha que a veces tendríamos problemas para distinguir entre el discurso (a propósito, por ejemplo, del aborto, de la eutanasia o de la discriminación inversa) de un teórico de la moral, de un constitucionalista o de un juez al redactar el fundamento de Derecho en que pretende basar una determinada decisión. Esto es una consecuencia de la “moralización” de nuestros Derechos, esto es, del hecho de que los sistemas jurídicos han positivizado (vía la Constitución) los principios de una moral universal que no pretende ser simplemente la moral social de un determinado grupo. La moral ha emigrado, pues, al interior de los Derechos, de manera que, en general, los conflictos morales que tiene que afrontar un jurista no son ya conflictos entre el Derecho y la moral, sino entre maneras distintas de interpretar los principios morales incorporados por el Derecho.

El peligro de esto último consiste sin duda en aproximar demasiado el Derecho a la moral, en pasar de la tesis de la unidad de la razón práctica (el reconocimiento de que las razones últimas de quien tiene que decidir una cuestión práctica son siempre razones morales) a la de la identificación entre el Derecho y la moral o la de considerar a la moral una parte del Derecho o al Derecho como una prolongación de la moral. Pero las cosas no son así. Como le gusta decir, de manera un poco burlesca, a Javier Muguerza [1990], “la ética no es de este mundo”: o sea, la ética (no la moral social, sino la moral justificada, la moral crítica) no pertenece al mundo del ser, sino al del deber ser; no habla de lo que hay, sino de lo que no hay (y debería haber). Sin embargo, el Derecho sí que es de este mundo. Está afincado de manera firme en el mundo del ser, y eso hace que la noción de validez jurídica sea, en definitiva, distinta a la de validez moral y que la profesión de jurista suponga asumir un pragmatismo que le diferencia del ético. Así, una norma puede ser moralmente válida aunque carezca de toda eficacia; es más, la falta de eficacia acentúa en cierto modo su validez: la norma que obliga a ser solidario es tanto más válida cuanto menos solidaridad existe en el mundo. Pero esto no vale en relación con el Derecho. Puede haber un cierto número de normas

que sean válidas sin ser eficaces pero, en términos generales, la eficacia es una condición para la validez: el Derecho no es sólo la pretensión de ordenar la conducta social, sino la ordenación efectiva de la misma.

Capítulo 5

Derecho y poder

Introducción

La existencia de una estrecha conexión entre el Derecho y el poder ha aparecido ya, en los anteriores capítulos de este libro, en diversas ocasiones. Por ejemplo, cuando encontrábamos la explicación a la existencia del Derecho en la necesidad de establecer un poder social (detentado por jueces, legisladores, policía, etc.) capaz de hacer frente al tipo de conflicto que surge en las sociedades que no adoptan la forma de las comunidades primitivas. Cuando apuntábamos a que el concepto de Estado tendría que permitirnos, en principio, resolver los casos de penumbra sobre la existencia o no de Derecho. Cuando señalábamos que la existencia de sanciones institucionalizadas y de tipo coactivo es probablemente la principal nota de distinción entre las normas jurídicas y las morales. Incluso cuando, hablando de las definiciones legislativas, sugeríamos que en ellas había un elemento de poder, esto es, contribuían a establecer un reparto de poder entre el legislador y el juez. Y, desde luego, cuando confrontábamos la concepción iusnaturalista con la iuspositivista.

Como acabamos de ver, los autores iusnaturalistas entienden que la característica central del Derecho no se encuentra en la coactividad, sino en la justicia, en la ordenación justa de la convivencia que un sistema jurídico procura; mientras que los iuspositivistas, al separar el Derecho de la moral y entender el Derecho, no como un orden con validez para todos los tiempos y lugares (como sería el Derecho natural), sino como un fenómeno histórico y social, tienden a subrayar el elemento coactivo del Derecho, con independencia de que la coacción se predique de cada uno de los elementos, o bien del conjunto, de la totalidad del Derecho. Rudolph von Ihering, probablemente el más importante jurista (positivista) del XIX, mostraba esa conexión de forma expresiva, al escribir que “el Derecho sin la fuerza es una palabra vacía”, “una norma jurídica sin coerción es un fuego que no quema, una luz que no alumbra”.

Sin embargo, la diferencia no es tan radical como pudiera parecer a primera vista. En realidad, ninguna concepción del Derecho ha negado la existencia de una vinculación estrecha entre el Derecho y el poder, aunque, naturalmente, el peso atribuido al poder pueda ser muy diferente, al igual que la forma de entenderlo, o las funciones que se le atribuyen en relación con el Derecho. Pero asumir, por ejemplo, una concepción iusnaturalista no tiene por qué suponer —y no lo ha supuesto— desterrar del Derecho el elemento de la coerción, al igual que el positivismo jurídico no lleva tampoco fatalmente a identificar el Derecho con la

fuerza. Es, podría decirse, bastante razonable que un autor iusnaturalista, después de identificar la justicia como el fin al que ha de tender —o al que, de hecho, tiende— el Derecho, añada que, dadas ciertas características bien conocidas de la naturaleza humana, eso no puede lograrse si no es recurriendo a medios coactivos: el poder —el poder coactivo— es el instrumento —o uno de los instrumentos— de que se sirve el Derecho para poder realizar sus fines. Para volver a la metáfora de la medicina: la salud es el fin de la medicina, pero lograrla requiere a veces de tratamientos dolorosos.

En general, el iusnaturalismo de la época moderna (categoría en la que caben autores como Hobbes, Locke o Rousseau) sostuvo una concepción del Derecho en la que éste aparece estrechamente vinculado al poder político, al Estado. La secularización del mundo que se produce con la modernidad (especialmente con la Ilustración) hace que la explicación y fundamentación de los fenómenos jurídicos y políticos no pueda verse ya, como había ocurrido durante la Edad Media, en términos religiosos; el Derecho y el Estado no son ya productos de la razón o de la voluntad de Dios, sino fruto de la convención, del acuerdo racional entre los hombres. Así se explica que todos estos autores partan de alguna teoría del pacto social que les permite dar cuenta del paso desde el estado de naturaleza al estado de sociedad civil, en el que aparecen las instituciones jurídicas y políticas. La idea general es que, en el estado de naturaleza, los individuos tienen ciertos *derechos naturales* (como la vida, la libertad, etc.) que no pueden hacer valer o no pueden poseer de manera segura si no es instituyendo un poder político, esto es, un poder capaz de imponerse a cada uno de los individuos: ese poder soberano, que surge y se fundamenta con el pacto social, es lo que hace que los derechos naturales pasen a ser derechos civiles. En definitiva, el Derecho es inseparable del Estado: el Derecho (que en la época moderna tiende a verse desde el punto de vista de los individuos: por eso el concepto básico es ahora el de derecho subjetivo y el de sujeto de Derecho) necesita para existir de la tutela del Estado; y el Estado, por su lado, necesita del Derecho para justificarse pues, como se acaba de decir, lo que legitima al Estado es la protección de los derechos de los individuos.

Desde el lado del positivismo jurídico hemos visto también que, en una concepción como la de Hart (que es el modelo más refinado de positivismo jurídico del siglo XX), el aspecto coercitivo está sin duda presente y, como se recordará, dos de las características que constituyen lo que denomina “contenido mínimo de Derecho natural” (la comprensión y fuerza de voluntad limitadas y la igualdad aproximada) cumplen, justamente, la función de mostrar la necesidad y la posibilidad de la coerción. Pero eso está, a su vez, equilibrado en su obra por la presencia de otros elementos consustanciales al Derecho, como, por ejemplo, la existencia de las normas secundarias (normas que confieren poder) que son normas no respaldadas por la coacción (el resultado de no seguirlas es la nulidad, no la sanción), y la importancia del punto de vista del aceptante, del que cumple el Derecho, no por temor a la sanción, sino por considerarlo como algo justificado.

El concepto de poder

Una noción compleja

Max Weber escribió que el concepto de poder es sociológicamente amorfo. Lo que quería decir con esto es que, si se entiende por poder (ésa sería su definición) la probabilidad de imponer la propia voluntad en una relación social, entonces existen innumerables formas de poder, pues prácticamente todas las cualidades imaginables de un hombre (su fuerza física, sus conocimientos, su riqueza, sus modales, su posición social...) y todas las relaciones sociales (de amistad, familiares, de trabajo, sexuales, políticas...) pueden colocar a alguien en esa posición. Otros autores han considerado que el concepto de poder pertenece a la categoría de los conceptos esencialmente contestados, esto es, aquellos que ni siquiera poseen un núcleo de significado indiscutido. El panorama, cabría decir, no es alentador, aunque tampoco era de esperar que un concepto tan básico como el de poder careciera de dificultades. Por lo demás, las anteriores afirmaciones no se refieren al poder en toda su extensión, sino únicamente al poder social, al poder de unos hombres sobre otros. Además está el poder sobre la naturaleza, esto es, el poder (científico o técnico) para modificar, utilizar y explotar los recursos naturales. La famosa definición de poder de Bertrand Russell (que viene a ser, en realidad, una generalización de la de Weber) como “la producción de efectos buscados” cubre ambos tipos de poder, aunque, de todas formas, parece cuestionable, puesto que se puede ejercer poder sobre otra persona (afectar a su comportamiento o a sus intereses) de manera inintencionada. El mismo Bertrand Russell, sin ir más lejos, ejerció, sin proponérselo, una gran influencia (la influencia puede considerarse como una forma de poder [v. Zimmerling, 1993]) sobre muchas personas que lo consideraron un modelo de intelectual o de ciudadano.

El Derecho tiene, desde luego, que ver con el poder sobre la naturaleza, y en diversos sentidos: por ejemplo, la investigación científica y técnica está hoy ampliamente regulada por normas jurídicas; los llamados “derechos ecológicos” implican la obligación de poner un límite (en favor de las generaciones futuras) a la explotación de los recursos naturales que, como se sabe, son bienes escasos; etcétera. Sin embargo, lo que aquí nos interesa es, básicamente, el poder social, por más que, como se acaba de ver, no puede desvincularse del todo del otro poder, el poder sobre la naturaleza.

Elementos del poder

Ese poder social podemos entenderlo como la capacidad que un individuo o un conjunto de individuos tiene para afectar al comportamiento (o, en sentido quizás más general, a los intereses) de otro o de otros. En una relación de poder pueden distinguirse así diversos elementos: los individuos o los grupos entre los que se establece la relación; el objeto, esto es, aquello sobre lo que se tiene poder: el comportamiento o los intereses; y el medio o los recursos utilizados para ello. Por

ejemplo, el empresario tiene poder sobre el trabajador, dado que puede lograr que este último realice determinado comportamiento (que trabaje en su beneficio), ofreciéndole a cambio una determinada suma de dinero. Y el juez tiene poder para hacer que alguien ingrese en la cárcel, en la medida en que la sentencia que él dicta tiene como consecuencia que a alguien se le prive de libertad. Las relaciones de poder son en principio relaciones asimétricas, desigualitarias, pues parece obvio que el detentador de poder y el sometido al mismo no están en el mismo plano. Pero eso no quita para que puedan entablarse relaciones de poder en las que —en relación con el tiempo o con cualquier otro factor— las partes vayan alternando sus posiciones. Además, el ejercicio del poder no supone siempre una ventaja en favor de quien lo detenta y una desventaja para el sometido. Esto último es, sin duda, lo usual, pero existen algunas excepciones importantes: por ejemplo, el poder de los padres sobre los hijos (la patria potestad) que, de acuerdo con la actual concepción occidental de la familia, aquéllos deben usar únicamente en beneficio de estos últimos; el poder de la educación, si lo que se hace realmente es educar; o el poder de los órganos públicos, el cual, en un Estado de Derecho, sólo se justifica si está encaminado a lograr intereses generales, y no los intereses particulares del individuo o de los individuos investidos de autoridad.

Por otro lado, el poder en nuestras sociedades no puede reducirse simplemente a una relación de tipo personal que tiene lugar entre dos o más individuos; no es simplemente el poder de un hombre sobre otro, sino que las relaciones de poder pueden —y suelen— estar mediadas de manera muy compleja y, en cierto modo, pueden resultar notablemente *impersonales* [Laporta 1996]. Pensemos, por ejemplo, en el poder que tiene un juez de dictar una sentencia y enviar así a una determinada persona a prisión. Es obvio que no se trata aquí de un poder *cara a cara* ejercido directamente por un individuo sobre otro. De alguna forma, tiene sentido decir que la sentencia de J ocasiona la entrada en prisión de D (puesto que esa decisión es una causa contribuyente al resultado en cuestión), pero ésa es una forma bastante simplificada de referirse a una situación compleja de la que forman parte, por ejemplo, las siguientes circunstancias. En primer lugar, el poder que tiene J para dictar sentencia no se basa en características que en sí mismo posea (como fuerza física, inteligencia, etc.), sino que es un poder *normativo* que le han conferido otros individuos en aplicación de ciertas normas jurídicas (normas constitucionales, procesales, etc.) que, naturalmente, están fuera del control de J. Por otro lado, J no puede ejercer su poder de cualquier manera: puede condenar a D, pero a la pena prevista en ciertas normas previas, y únicamente si este último ha realizado una acción de determinado tipo, si eso ha quedado adecuadamente probado en un juicio en el que han participado fiscales, abogados, testigos, el propio acusado... Además, si J no era el órgano de última instancia, su decisión puede ser recurrida y, en consecuencia, revocada. Y, en todo caso, la decisión de J no tiene por sí misma efectos en el mundo físico (para que los tenga, se necesita el concurso de policías, funcionarios de prisiones, etc.). En definitiva, el poder que se ejerce sobre D implica relaciones notablemente complejas y, en cierto modo, es un poder “impersonal”, pues su ejercicio supone el concurso de muchos

individuos, normas e instituciones. Esta impersonalidad, y consiguiente opacidad, del poder adquiere tintes de especial intensidad en la sociedad de la globalización.

Tipos de poder

Hay muchas maneras de clasificar el poder. Una especialmente relevante es la que se fija en el tipo de recurso utilizado para influir en la conducta o en los intereses de alguien. Puede hablarse así de poder económico, cuando la fuente es la posesión de ciertos recursos escasos. De poder ideológico, si la base es la posesión de ciertas formas de saber, de conocimientos, de doctrinas, de ideas; aquí es importante reparar en que poder ideológico no quiere decir poder puramente inmaterial: no es sólo que las ideas tengan consecuencias en el mundo externo, sino que exigen medios —medios materiales— para resultar operativas: sin púlpitos o sin medios de comunicación no cabría hablar de este tipo de poder. Y, en fin, de poder político para referirse al que se detenta por poseer los instrumentos necesarios para ejercer la fuerza física. Este último, el poder coactivo en sentido estricto, es, de alguna forma, el poder supremo al que están subordinados los otros. En nuestras sociedades, ese poder —o, mejor dicho, su ejercicio legítimo— es un monopolio del Estado, pero el Estado contemporáneo —como todo Estado— ejerce también un poder económico y un poder ideológico, de forma en cierto modo parecida a como las empresas no poseen únicamente poder económico ni las iglesias sólo poder ideológico. Los tres grandes tipos de poder señalados —que, naturalmente, no son todos los posibles— están, pues, interrelacionados. En realidad, el poder impregna todo el tejido social y se concentra en nudos en los que se cruzan hilos de texturas muy diversas. Pero esa clasificación nos ofrece un esquema de análisis del problema de las relaciones entre el Derecho y el poder que resulta útil.

Derecho y fuerza

Conexión externa e interna

La relación más obvia del Derecho con el poder es la que cabe establecer con la fuerza física y, por tanto, con el Estado que —como se acaba de decir— es el órgano que monopoliza el uso legítimo de la violencia. Esa relación, a su vez, es tanto externa como interna. Es externa, porque el Derecho puede verse como un conjunto de normas que proceden del Estado y a las que el Estado presta un respaldo coactivo. La fuerza vendría a ser aquí un medio para la realización del Derecho y de ahí, por ejemplo, la frase de Ihering antes transcrita. Pero también se puede hablar de una conexión interna, puesto que el Derecho es un conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza. Como anteriormente hemos visto, las normas que confieren poderes públicos regulan (junto con las que imponen deberes) el uso de la fuerza por parte de las autoridades, y las que confieren poderes privados establecen en qué casos y de qué manera el aparato coactivo del Estado se pone al servicio de los particulares (por ejemplo, para embargar los

bienes del deudor cuando éste no paga la deuda). Naturalmente, el funcionamiento del Derecho no exige un uso efectivo de la fuerza, sino que, en general, basta con la amenaza de recurrir a ella: el condenado a prisión no suele resistirse a la policía que le traslada en el furgón policial para cumplir su pena, y los deudores suelen pagar sus deudas —cuando pueden hacerlo— de manera voluntaria.

Esta doble conexión (externa e interna) entre el Derecho y la fuerza establece las condiciones necesarias para la existencia de un sistema jurídico o, al menos, de un sistema jurídico evolucionado, y ayuda a entender también por qué la juridicidad puede considerarse como una cuestión de grado. Las dudas, sobre las que se trató en un capítulo anterior, respecto a la juridicidad del Derecho internacional (y algo parecido podría decirse respecto a los otros supuestos de “Derechos” no estatales) tienen que ver con esos dos extremos. Por un lado, muchas de sus normas no parecen contar —o no siempre— con un respaldo coactivo, dada la inexistencia de un verdadero Estado mundial con legisladores, tribunales, policías, etc. Por otro lado, no existen tampoco normas —normas eficaces— para regular el uso de la fuerza en las relaciones internacionales: en su lugar nos seguimos encontrando con la utilización de la represalia o de la guerra que, en las relaciones entre los Estados, vienen a ser el equivalente de lo que sería el recurso a la violencia privada en cuanto procedimiento para resolver las disputas entre los particulares. Un sistema de normas incapaz de imponerse por la fuerza no sería, pues, un sistema jurídico en el sentido más estricto de la expresión, sino que se aproximaría a un sistema de moral social o algo semejante. Y tampoco consideraríamos que es Derecho un sistema de dominación en el que el uso de la fuerza física (y psicológica) no está sometido en absoluto a reglas, sino que se ejerce de forma puramente arbitraria. La sociedad que Orwell describe en *1984*, por ejemplo, no está organizada jurídicamente. El “Gran Hermano” no es una institución jurídica, porque su poder no se ejerce conforme a normas preestablecidas. En Oceanía, el país imaginario en el que transcurre la novela de Orwell, no existen leyes y, al no haberlas, no existe tampoco ningún límite frente al que ejerce el poder, de manera que el individuo carece por completo de libertad: “Los pensamientos y actos que, una vez descubiertos, acarrearán la muerte segura, no están prohibidos expresamente y las interminables purgas, torturas, detenciones y vaporizaciones no se le aplican al individuo como castigo por crímenes que haya cometido [...]. No sólo se le exige que tenga las opiniones que se consideran buenas, sino también los instintos ortodoxos [...]. Si una persona es ortodoxa por naturaleza [...] sabrá en cualquier circunstancia, sin detenerse a pensarlo, cuál es la creencia acertada o la emoción deseable.” Un aspecto importante —quizás el más importante— de la función civilizatoria que ha cumplido —y cumple— el Estado consiste precisamente en poner límites (por medio del Derecho) al ejercicio del poder. La idea de Estado de Derecho (en inglés se dice “the rule of law”, esto es, el imperio o el gobierno del Derecho) implica esencialmente esto: que el poder público —el uso público de la fuerza— no puede ejercerse de cualquier manera, sino de acuerdo con normas preestablecidas y que

cumplen ciertos requisitos (como los señalados por Fuller y que se recogían en el capítulo anterior).

El origen del Estado

Cuando se habla del Derecho y del Estado es importante reparar en que se trata de fenómenos históricos en un doble sentido. Por un lado, son realidades que varían en el espacio y en el tiempo: no es lo mismo el Estado español actual que el chino, ni el Estado constitucional que el de la época franquista. Y, por otro lado, la organización de la sociedad bajo formas jurídicas y estatales no es algo que haya existido siempre y, de seguir existiendo en el futuro, es razonable pensar que será bajo unas formas distintas a las actuales.

Como vimos en su momento, las definiciones son convencionales, y nada impide (salvo razones de conveniencia y de claridad) emplear una noción de “Estado” suficientemente amplia como para incluir bajo ese rótulo a todas las sociedades mínimamente organizadas. Ahora bien, si se entiende (como es lo usual) que el Estado implica la existencia de un centro de autoridad concentrada que dispone de un monopolio de instrumentos coercitivos para hacer cumplir las disposiciones de esa autoridad, entonces el Estado (como el Derecho) no ha existido siempre, ni existe incluso hoy en todas las sociedades que conocemos. De acuerdo con lo que se vio en el capítulo primero, no tiene mucho sentido hablar de un Estado esquimal. O de que existe un Estado (y un Derecho) entre los grupos de los bosquimanos constituidos por cazadores que se agrupan en comunidades de cincuenta a cien individuos, donde todos se conocen personalmente, las decisiones surgen de una charla informal y el jefe no posee medios coactivos para obligar a los otros a aceptar sus decisiones. El Estado (en el sentido indicado) surgió de manera independiente en diversos lugares y momentos históricos. O mejor dicho, algunos Estados, como los que aparecen en el norte de Europa en el Medievo, surgen para hacer frente a la amenaza militar de otros Estados (los imperios mediterráneos) y para explotar las posibilidades de comercio y saqueo que ofrecía la gran riqueza de Grecia y Roma.¹ Pero, además, los antropólogos hablan de “Estados prístinos” para referirse a aquellos que se formaron no por la influencia externa de otras sociedades, sino como consecuencia de un proceso en el que parece haber jugado un papel fundamental la intensificación de la producción agrícola, lo cual supone la posibilidad de un territorio densamente poblado, con un fuerte excedente económico (frente a lo que ocurre en las sociedades de cazadores y recolectores) y una clase más o menos numerosa de individuos que no se dedican ya a la producción de alimentos, sino a tareas de carácter organizativo, militar, etc. Más en concreto, todos estos primeros Estados (como Mesopotamia alrededor del 3300 a.C., Egipto hacia el 3100 a.C., Perú en tiempos de Cristo, Mesoamérica hacia el 300 d.C. y algunos otros) tienen en común el haber surgido en un mismo contexto geográfico: valles recorridos por un río o sistemas lacustres rodeados por zonas desérticas o, al menos, muy secas. En esas condiciones, la necesidad de realizar grandes obras de irrigación llevó a la organización de verdaderos ejércitos de

trabajadores, que vivían en condiciones de completo sometimiento por una elite de carácter administrativo, sacerdotal, militar y policial. A eso se le ha llamado el modo de producción asiático o de despotismo hidráulico. Y, en cualquier caso, con independencia de que el ejercicio del poder asumiera en los primeros Estados una forma despótica, lo que parece claro es que en una situación semejante, signada sobre todo por la aparición de las clases sociales, se necesita contar con un aparato que concentre en sus manos la fuerza física, para asegurar así el “orden” social. Por lo demás, no cabe duda de que entre las sociedades no estatales y las organizadas estatalmente existen supuestos de la penumbra, para los que se han acuñado expresiones como “política sin Estado”, “Estados nacientes”, etc.

El Estado moderno

Ahora bien, una cosa es la noción general de Estado de la que hasta ahora hemos tratado, y otra la forma de Estado presente en la mayor parte de las sociedades contemporáneas y, en particular, en las sociedades occidentales: el Estado moderno. Esta forma de organización política surge en el Renacimiento (la expresión “estado” empieza a utilizarse con el significado actual precisamente en esta época), y viene a sustituir al Estado feudal de la Edad Media. Hay varias notas que caracterizan al Estado moderno. Una es la concentración y monopolización del poder político que se expresa a través de la noción de soberanía. Soberano es aquel poder que no reconoce a un superior: mientras que en la Edad Media se hablaba de dos “sociedades perfectas”, el Estado (el Imperio) y la Iglesia, cada cual soberana en su ámbito, la época moderna sólo conoce una: la estatal. Históricamente, la soberanía se predica, en un primer momento, del monarca absoluto y luego, tras las revoluciones burguesas, del pueblo. La primera forma del Estado moderno, el Estado absoluto, se constituye a través de un proceso que Bobbio llama de concentración y de centralización del poder: *concentración*, porque el soberano (el rey, y los funcionarios que dependen de él) se atribuye el poder de dictar normas con validez para los habitantes de un territorio extenso, el poder jurisdiccional, el de utilizar la fuerza o el de recaudar tributos; y *centralización* porque se eliminan los órdenes jurídicos inferiores, como las ciudades, las corporaciones o las sociedades particulares.

Otra importante característica del mundo moderno, que se plasma en sus instituciones políticas, es la distinción entre la esfera de lo público y la de lo privado, entre el ciudadano y el hombre, entre el Estado y la sociedad civil: a diferencia de lo que ocurría en la sociedad feudal (y, en general, en las formas de organización social precapitalistas), los individuos son considerados —o acaban por ser considerados— iguales en cuanto miembros del Estado, por más que existan grandes desigualdades en la esfera de la sociedad civil; dicho de otra forma, en este tipo de organización, el poder económico o ideológico no significa, inmediatamente, poder político. Esa escisión tiene naturalmente mucho que ver con el individualismo característico de la época moderna. Frente a la consideración del hombre como ser social, ligado indisolublemente a una unidad superior (a la

polis o a la *civitas*), aparece ahora el hombre aisladamente considerado, el individuo; y como consecuencia de ello [Bobbio, 1989], el Estado, la organización política, no se ve ya como algo que exista por naturaleza, sino que tiende a pensarse como el producto de un pacto o de un acuerdo entre los individuos.

Naturalmente, el Estado moderno ha sufrido grandes transformaciones desde su aparición. Una de ellas es el paso del Estado absoluto a los Estados representativos que se produce a partir del XVII, primero en Inglaterra, y luego en los Estados Unidos y en el continente europeo. Estado representativo, por cierto, no significa Estado democrático; si por democracia se entiende una forma de organización del poder político que se basa en el sufragio universal, entonces la democracia sólo ha empezado a existir en el siglo XX. Suelen distinguirse diversas fases de desarrollo del Estado representativo que se corresponden con otras tantas etapas del capitalismo. Tenemos así, primero, el Estado liberal, abstencionista y garantista, del capitalismo clásico, que llega aproximadamente hasta la primera guerra mundial; luego el Estado social, asistencial e intervencionista, del neocapitalismo keynesiano, que se acaba —o, mejor, que entra en crisis— más o menos hacia la mitad de la década de los setenta; y finalmente una relativamente nueva forma de Estado que se corresponde con la sociedad (capitalista) de la información y de la globalización y que parece caracterizarse por la tendencia a la privatización de lo público y por la pérdida de soberanía del Estado en beneficio de entidades supranacionales, bien de carácter político (como la Unión Europea) o bien de tipo económico y financiero (las empresas multinacionales).

Derecho y Estado

Derecho y Estado, como decíamos, son dos conceptos que no pueden entenderse el uno separado del otro: por eso, el surgimiento del Derecho coincide con el del Estado, y las zonas de juridicidad dudosa son precisamente las que caen fuera del ámbito estatal. Pero esa conexión se acentúa particularmente en la época moderna, en la que Derecho y Estado tienden a aparecer como las dos caras de una misma realidad. Por un lado, el Derecho se configura como Derecho estatal, como el conjunto de las normas procedentes del Estado. Pero, por otro lado, el Estado tiende también a verse desde el punto de vista del Derecho: el poder del Estado (ésta sería la idea del Estado de Derecho entendido en sentido amplio) es legítimo porque es un poder sometido al Derecho.

Sin embargo, esto último no significa que Derecho y Estado sean conceptos coextensivos (que se refieran exactamente a la misma realidad) ni, desde luego, cointensivos (que se caractericen con las mismas notas). El llamado “pluralismo jurídico”, la tesis de que existe Derecho fuera del Estado, ha tenido seguramente siempre alguna justificación, pero parece cobrar una especial fuerza en las sociedades contemporáneas, precisamente como consecuencia de la privatización de lo público y de la pérdida de soberanía estatal a las que antes me refería. Por ejemplo, en el caso español, una buena parte del Derecho actualmente vigente se

origina y es administrado por órganos no estatales: piénsese en la normativa de la Unión Europea, en las políticas “desreguladoras” o en la tendencia a utilizar mecanismos no jurisdiccionales de resolución de conflictos. De todas formas, cuando se habla de “pluralismo jurídico” conviene aclarar que la idea de que el Derecho no se reduce a Derecho estatal puede entenderse, al menos, de dos maneras distintas. Puede entenderse en el sentido de que las fuentes del Derecho no se reducen a la ley (entendida en su sentido más amplio: las normas emanadas por órganos estatales), sino que también se genera Derecho a través de la costumbre, de los principios (implícitos) del Derecho o de los acuerdos entre los particulares; esa tesis no supone mayor problema mientras se reconozca que hay una jerarquía entre las fuentes, de tal manera que las formas no estatales de producción del Derecho sólo son admisibles si están previstas por —o no contradicen— normas estatales. Pero el pluralismo jurídico en sentido estricto implica algo más: supone que además del Derecho estatal u oficial (con su pluralidad de fuentes), existen otros sistemas jurídicos que conviven con él y que a veces lo desplazan. Esta última tesis resulta ya mucho más problemática de aceptar (aunque probablemente sea inevitable hacerlo): una de las características de un sistema jurídico (o, si se quiere, del Derecho moderno, uno de cuyos dogmas es la idea de soberanía) parece ser su pretensión de exclusividad: donde él rige (en los ámbitos en que tiene vigencia) excluye la aplicabilidad de otras normas que se opongan a las suyas. Por eso, los fenómenos de pluralismo jurídico en sentido estricto son siempre conflictivos: el Derecho del Estado frente al Derecho consuetudinario de las comunidades indígenas en muchos países de América latina (o frente al Derecho de los gitanos en España); el Derecho de la metrópoli frente al Derecho autóctono del país colonizado; el Derecho burocrático del Estado frente al Derecho informal de la calle, de los barrios marginales, etc. En todo caso, importa darse cuenta (para frenar el entusiasmo que muchos autores posmodernistas sienten por la diversidad y el pluralismo) de que la reivindicación de un Derecho no estatal no supone necesariamente un Derecho más democrático, más participativo o emancipador: también el Derecho de las compañías multinacionales es en buena medida un fenómeno de pluralismo jurídico, un Derecho no estatal, y que se impone al Derecho de los Estados; y el Derecho consuetudinario de tipo tradicional o el que se genera espontáneamente para resolver conflictos allí donde el Estado no llega contienen muchas veces normas que no podrían justificarse moralmente (por ejemplo, las que establecen un trato discriminatorio en contra de la mujer).

Por lo que se refiere al otro aspecto de la cuestión, a la juridificación de la actividad estatal, tampoco puede hablarse aquí de una plena coincidencia. O, mejor dicho, el desarrollo, la profundización, del Estado de Derecho supone una tendencia a limitar o a suprimir lo que suele denominarse actos puramente *políticos*, es decir, aquellos que caen fuera del control jurídico (judicial). Pero esto, por una parte, no es una realidad, en el sentido de que se trata de un proceso que no puede considerarse plenamente concluido; y, por otra parte, no puede ignorarse que, de hecho, el Estado (que hoy en día abarca a una enorme pluralidad de

órganos) actúa muchas veces vulnerando las normas que él mismo ha establecido: el problema de la anomia, o sea, el incumplimiento de las normas, que algunos han visto como característico de las sociedades contemporáneas, no afecta únicamente a la conducta de los particulares.

Derecho, consenso e ideología

Fuerza y consenso

Aunque no cabe duda de que si existe Derecho es porque existe la posibilidad (en general) de imponer coactivamente las normas jurídicas a los que se desvían de las mismas, también es cierto que hay un elevado número de individuos que aceptan las normas de manera más o menos espontánea. Esto último quiere decir que el Derecho no está ligado exclusivamente al poder físico, sino también al poder de las ideas; que no es sólo fuerza, sino también consenso. Y otro tanto, *mutatis mutandis*, cabe decir del Estado, el cual no puede definirse exclusivamente como el órgano que detenta el monopolio de la violencia física. En el Estado ha de verse también una institución a través de la cual se persigue —y se obtienen— ciertos fines recurriendo a medios coactivos y no coactivos. El funcionamiento del aparato estatal sería incomprensible sin el fenómeno de la “autoridad”, esto es, del poder que se tiene no —o no sólo— porque se dispone de la fuerza física, sino en virtud de ciertas cualidades vinculadas con el saber, con el prestigio, con la posición social... La política no puede verse únicamente —aunque a veces cueste trabajo— como una actividad dirigida a conquistar el poder y a mantenerse en él, sino también como una praxis consistente en alcanzar ciertos objetivos valiosos, respetando los derechos de los individuos.

Así pues, la ordenación de la conducta que supone el Derecho no se logra únicamente con el recurso a la coacción. Para que esa ordenación sea eficaz se necesita también una conciencia, más o menos generalizada, de que el poder que se ejerce es un poder legítimo, de que está justificado obedecer los mandatos de la autoridad. Si no fuera así, el ejercicio del poder resultaría extremadamente costoso y, a la larga, sería imposible de mantener. En realidad, se trata de dos aspectos del poder, la *fuerza* y la *autoridad*, que, en ciertos momentos históricos, se atribuyeron a instituciones distintas; en la Edad Media, la *vis coactiva*, el poder de ejercer la fuerza física, lo detentaba el Estado, mientras que a la Iglesia se le reconocía la *vis directiva*, el poder de dirigir las conciencias, el poder ideológico.

Formas de legitimación del poder

Según una famosa distinción de Max Weber, la legitimidad del poder puede asumir básicamente tres formas. Eso quiere decir que la conciencia que se tiene sobre la legitimidad del poder puede basarse: en las cualidades excepcionales que se atribuyen a una persona —autoridad carismática—; en la creencia en la validez de lo que siempre existió —autoridad tradicional—; o en la creencia en la legalidad

—autoridad legal—. Esta última, la legitimidad de tipo legal, es lo que caracteriza al Derecho y al Estado modernos. Lo que quiere decirse con ello es que el poder de mandar y de ser obedecido se ejerce aquí de una manera abstracta e impersonal (recuérdese el ejemplo del poder del juez); las normas en que consiste el Derecho moderno no pueden verse como una serie de mandatos que un superior da a un subordinado, como ocurre, por ejemplo, con el funcionamiento de un ejército. Además, el Derecho moderno es un Derecho estatuido positivamente, esto es, fruto de convenciones humanas, y no el resultado de la revelación o de costumbres ancestrales; el poder de la autoridad (del legislador, del juez, de los órganos administrativos) no se basa en la tradición (no se transmite hereditariamente), ni se basa esencialmente en el prestigio personal, sino que se confiere fundamentalmente de acuerdo con ciertas reglas y procedimientos. Visto desde la perspectiva de los destinatarios de las normas, puede también decirse que el que obedece sólo lo hace en cuanto miembro de la asociación y sólo obedece al Derecho; no a individuos concretos, sino a las normas generales y abstractas.

Hablar de “dominación legal” no significa, sin embargo, que, de acuerdo con Weber, no exista —o no haya existido— Derecho en los sistemas de dominación distintos al que se establece en Occidente a partir de la Edad Moderna. Lo que sí puede decirse es que ese Derecho —de acuerdo con Weber— vendría a ser en cierto modo superior a los que le anteceden, por ser la máxima expresión del tipo de racionalidad al que este autor llama racionalidad formal. El carácter *racional* deriva fundamentalmente de la previsibilidad que genera al ordenar la conducta mediante normas generales y abstractas, dictadas por órganos preestablecidos por el propio Derecho; no se recurre, por lo tanto, ni a medios que están fuera de la razón (como oráculos o juicios de Dios), ni a procedimientos arbitrarios no guiados por normas, a lo que Weber llama la “justicia del cadí”, la justicia que imparte el juez del mercado árabe. Además, la racionalidad del Derecho y del Estado modernos es *formal*, procedimental, en cuanto las decisiones jurídicas son eminentemente el resultado de procedimientos lógicos, que se basan en principios extraídos del propio sistema jurídico y no en principios de justicia sustantiva: los jueces y los órganos administrativos, por ejemplo, deben aplicar las normas preestablecidas por el legislador y no utilizar para sus decisiones criterios de carácter económico, político o moral. Un ejemplo de racionalidad no formal (premoderna) lo encontramos en la justicia que Sancho Panza imparte en la ínsula Barataria; desde luego, no existe allí nada parecido a la división de poderes, sino que el gobernador —Sancho— detenta, por así decirlo, todos los poderes; y cuando juzga, no lo hace como si tuviera que aplicar al caso que se le presenta normas previamente establecidas, sino que utiliza su buen sentido (y, si se quiere, los consejos que le había dado su señor, don Quijote: que podrían sintetizarse en practicar las virtudes de la prudencia y de la benevolencia) para llegar a soluciones justas.

Ahora bien, es importante reparar en que la noción de legitimidad de Weber tiene un carácter descriptivo y explicativo. Permite entender por qué los sistemas

jurídicos y políticos funcionan sin tener que recurrir al ejercicio de la fuerza física más que de forma relativamente excepcional. Pero Weber no pretende decir que del hecho de que exista consenso, o sea, una disposición generalizada a obedecer a la autoridad, se sigue que lo establecido por la autoridad es, sin más, justo (ésta sería una forma de positivismo ideológico). Lo que él plantea es una teoría sociológica de la legitimidad, en el sentido de que la conciencia de la legitimidad constituye una condición para la existencia —y la perdurabilidad— de los sistemas jurídicos y políticos. Pero no es una teoría de la justicia, esto es, una teoría que establezca las condiciones bajo las cuales un sistema puede racionalmente considerarse justo, legítimo. Para evitar ese posible equívoco se ha sugerido [Díaz, 1984; Garzón, 1993] hablar de legitimación para referirse a la tesis sociológica, y de legitimidad en relación con la tesis normativa: de manera que todos los sistemas políticos (estables) poseen legitimación, pero no todos ellos son legítimos. La cuestión de cuándo un orden es legítimo, justo, ha tenido —y sigue teniendo— diversas respuestas, algunas de las cuales se examinarán en un próximo capítulo: por ejemplo, puede pensarse que un orden justo es el que está de acuerdo con la naturaleza, el que proporciona la mayor felicidad al mayor número, el que respeta los valores inherentes a la persona, el que ha sido establecido democráticamente... Y nada impide que un grupo humano —o parte del mismo—, como cuestión de hecho, considere legítimo o acepte obedecer a autoridades (o a normas procedentes de esas autoridades) que no cumplan con los requisitos de ninguna de esas concepciones. El que ocurra esto puede deberse a razones diversas. Por ejemplo, puede ser que las normas en cuestión favorezcan intereses de ese grupo (o de una parte del grupo) y que sus integrantes las acepten, aunque no puedan justificarlas racionalmente. O puede ser que los aceptantes no logren identificar correctamente cuáles son sus intereses, puesto que nuestra percepción de lo que es el mundo, y en particular el mundo social, está con frecuencia distorsionada. La ideología, como en seguida veremos, es un mecanismo que tiene que ver con ambas cosas: con la defensa de ciertos intereses y con la ocultación de los intereses (de la realidad). Pero se trata de un concepto complejo, cuya utilización en el Derecho exige algunas aclaraciones.

Sobre la noción de ideología

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la expresión “ideología” es ambigua, se usa al menos con dos significados diferentes. Por un lado, las ideologías son los sistemas de ideas, las concepciones del mundo que funcionan como una guía para la acción en el campo de la política, del Derecho o de la moral, así como la proyección que tales ideas tienen en la conciencia de los individuos. Aquí se trata, podríamos decir, de un uso neutral, descriptivo, de la expresión que empleamos, por ejemplo, cuando decimos que el liberalismo, el socialismo o el anarquismo son ideologías políticas, y el iusnaturalismo o el iuspositivismo, ideologías jurídicas: cada uno de esos sistemas de ideas suministra una visión del mundo (del mundo político o del mundo jurídico) y una guía para moverse en él. Pero, por otro lado, de ideología también se habla a veces en un sentido

peyorativo, para referirse al conocimiento deformado de la realidad, a un fenómeno de falsa conciencia. Por ejemplo, las políticas de desregulación de nuestros días crean la falsa impresión de que donde antes había imposición (por parte del Estado) pasa ahora a haber no otra cosa que sujetos que deciden con plena libertad sobre sus intereses. Lo que se oculta es que la desregulación no significa acabar con el poder, sino sustituir un poder (el poder del Estado) por otro poder, el que cada parte tiene en un proceso de negociación; la desregulación suele tener por ello consecuencias favorables para los que están en una situación de mayor poder económico, que pueden ejercerlo sin tener que someterse a los límites establecidos por las normas estatales o al poder imparcial que representa la figura del juez.

En segundo lugar, lo que puede resultar ideológico es la forma de estudiar, de representarse, un objeto, o bien el objeto mismo. El conocimiento que tenemos sobre las cosas, sobre el mundo, es, en mayor o menor medida, siempre ideológico: ninguna ciencia puede darnos un conocimiento perfecto y absolutamente objetivo de la realidad; sin embargo, parece también claro que el riesgo de distorsión es mucho mayor en el campo de las ciencias humanas y sociales que en el de las naturales y formales; es más, en el caso del estudio del Derecho, de la construcción de la ciencia jurídica, se dice con cierta frecuencia que perseguir a ultranza los ideales de objetividad y de neutralidad puede resultar “ideológico”, pues con ello se contribuye a ocultar que el aspecto más importante de esa actividad no es de carácter descriptivo, sino normativo. Sea como fuere, cuando se trata de ciencias que no estudian realidades naturales, sino realidades construidas por el hombre, es posible pensar que los propios objetos de estudio son ideológicos. Esto, en relación con el Derecho, puede entenderse a su vez en un doble sentido. Por un lado, parece claro que del Derecho forman parte en algún sentido las ideas, sentimientos o emociones que influyen en el comportamiento de los legisladores, de los jueces o de la gente en general y que se pueden calificar de ideologías, en el sentido neutral de la expresión. Pero, por otro lado, también puede entenderse que las instituciones jurídicas, el Derecho como tal, es una ideología o segrega ideología, en el sentido peyorativo de la expresión: el Derecho, de acuerdo por ejemplo con la concepción marxista, oculta y deforma la auténtica realidad de las relaciones sociales. Aclaremos un poco esto último.

Para Marx, el carácter ideológico del Derecho y del Estado proviene de su necesaria vinculación con las sociedades de clases. Son instrumentos de dominación, pero ese elemento de poder —precisamente para ser eficaz— necesita ocultarse. Esto no significa pensar que la ideología equivale simplemente a error o a engaño. La ideología tiene un aspecto de ocultamiento de la realidad, pero también alude a ella. Para los marxistas, el Derecho y los conceptos jurídicos no son puras fantasías, engaños que no responden a ninguna realidad, sino que tienen un aspecto bifronte: en parte ocultan la realidad, y en parte la reflejan. Así, el contrato y el salario, en cuanto formas jurídicas básicas de la sociedad capitalista, permiten que la explotación aparezca, falsamente, como un conjunto de relaciones

presididas por la libertad y la igualdad. Desde el punto de vista de las apariencias jurídicas, los trabajadores y los empresarios son libres (pueden vincularse o no por un contrato) e iguales (el Derecho les concede la misma protección). Sin embargo, desde el punto de vista de las relaciones sociales (de la verdadera realidad) las cosas suceden de una manera muy distinta: el empresario, en cuanto parte más fuerte de la relación, impone sus condiciones al trabajador, que sólo es “libre” de morir de hambre e “igual” al empresario en un sentido puramente formal; el salario oculta el hecho de la plusvalía, es decir, crea la apariencia de que todo el trabajo desarrollado por el trabajador es trabajo pagado, etcétera.

En resumen, el concepto de ideología permite entender mejor la relación entre el Derecho y el consenso. Por un lado, el Derecho no necesita imponerse siempre —ni, quizás, habitualmente— por la fuerza, en la medida en que sus normas reflejan ideologías vigentes socialmente. Por otro lado, el Derecho es también una instancia segregadora de ideología y de consenso: lo jurídico aparece como algo que asegura el orden, la paz, la justicia, algo que debe ser obedecido por el simple hecho de existir.

Derecho y poder económico

Relaciones entre el Derecho y la economía

La conexión entre el Derecho y el poder económico parece cosa obvia, especialmente con la aparición (tras la primera guerra mundial) del llamado “Estado social”, que es un Estado intervencionista que pretende regular la economía por medio del Derecho, para asegurar así ciertos derechos básicos (sociales) de los individuos. A pesar del auge de la ideología neoliberal en los últimos tiempos (que promueve la devolución al mercado de muchos ámbitos de actividad de los que se habría “adueñado” el Estado), parece indiscutible que una buena parte de la reglamentación de nuestros Estados contemporáneos tiene un contenido netamente económico, como ocurre también con mucho del Derecho que surge fuera del Estado. Este fenómeno es tan manifiesto que es usual hablar de “Derecho económico” para referirse no a la regulación de instituciones jurídicas tradicionales como el contrato o la propiedad privada (cuyo carácter económico es evidente), sino a las normas de Derecho público que regulan la intervención del Estado en la economía. Además, parece también indudable que los intereses económicos de determinados grupos sociales o de ciertas empresas juegan un papel que puede ser más o menos determinante en el establecimiento de muchas normas jurídicas: los “verdaderos” legisladores son muchas veces no las autoridades políticas, sino los grupos de presión (el poder económico).

Ahora bien, esta conexión entre el Derecho y la economía puede considerarse que tiene un carácter extrínseco: lo que quiere decirse con ello es que el Derecho regula la actividad económica y, al mismo tiempo, que el poder económico es una fuente (en el sentido de fuente social) de Derecho. Pero además,

cabe hablar de una conexión intrínseca, para referirse al hecho de que la propia “lógica” del Derecho es económica, esto es, que la racionalidad económica —o cierta racionalidad económica— y la jurídica es la misma: el funcionamiento y la evolución del Derecho —según muchos autores— se explica de acuerdo con la lógica del mercado.

El análisis económico del Derecho

Esta última tesis ha alcanzado, desde los años sesenta, una gran difusión, a través del movimiento (que se origina en los Estados Unidos) del “análisis económico del Derecho”, pero no es tampoco estrictamente nueva. Marx y los autores marxistas —como se sabe— sostuvieron una concepción de la sociedad, según la cual, es el modo de producción (el conjunto de las fuerzas productivas y de las relaciones de producción) lo que determina, de manera más o menos mecánica, el Derecho y el Estado. En concreto, el modo de producción capitalista o burgués sería la clave para entender por qué el Derecho moderno se nos aparece fundamentalmente como un conjunto de normas generales (se dirigen a todos los sujetos y no tienen, pues, el carácter particularista de las normas feudales) y abstractas (regulan clases de acciones y no acciones específicas). La explicación es que el capitalismo necesita, para su funcionamiento, considerar a los hombres como libres e iguales (aunque sólo sea en un plano abstracto); necesita que el trabajo sea libre (que se formalice a través de un contrato) y no esté vinculado a un señor; que los trabajadores puedan desplazarse de un lugar a otro; que el trabajo sea considerado como una mercancía que se intercambia por otras mercancías; etc. Como escribió un famoso jurista soviético, Pashukanis, el Derecho (que para él significaba el Derecho burgués) es la forma mixtificada de una relación social específica: la que tiene lugar entre poseedores de mercancías que intercambian equivalentes; la lógica del Derecho es la lógica del intercambio de mercancías, del mercado.

También Max Weber mostró la conexión existente entre el sistema capitalista, el Estado moderno y el Derecho racional-formal al que antes nos referíamos: la previsibilidad, la calculabilidad de la conducta, que es esencial para el funcionamiento del capitalismo, sólo puede lograrse si el Derecho consiste esencialmente en normas generales y abstractas y si son esas normas —establecidas previamente— lo que aplican los jueces para la resolución de los casos concretos.

Lo que distingue al análisis económico del Derecho de nuestros días es el hecho de que el mercado se ha convertido en el criterio de la racionalidad, mientras que para los marxistas suponía lo contrario, un déficit de racionalidad, de tal manera que podía usarse para explicar por qué el Derecho era de cierta forma, pero no para justificarlo. Otra distinción importante la constituye sin duda el detalle y la sofisticación de los análisis contemporáneos, lo cual, naturalmente, está conectado con el gran desarrollo de las disciplinas económicas en los últimos tiempos.

El análisis económico del Derecho, de todas formas, no es una concepción del Derecho homogénea, sino que en la misma suelen distinguirse varias tendencias. La dominante (la encabezada por el juez Posner) sigue los postulados del neoliberalismo de la llamada “Escuela de Chicago”. La idea básica es que tanto la economía como el Derecho son sistemas de distribución social de recursos que se rigen por el principio de la maximización de la riqueza; hay, por cierto, otras formas de entender la economía: por ejemplo, como un sistema (o subsistema) de producción de bienes que no ponga en peligro el medio. En todo caso, el Derecho es visto por estos autores esencialmente como conducta y el modelo de conducta racional es la del *Homo oeconomicus*, es decir, el individuo que persigue su propio interés en el ámbito del mercado y orienta su comportamiento de acuerdo con un único valor, el de la eficiencia económica. Ellos piensan que, siguiendo esos postulados, se puede explicar y predecir el comportamiento de los individuos en relación con las normas jurídicas. Por ejemplo, se podría mostrar que las normas establecidas por el *common law* (el Derecho de origen jurisprudencial inglés y norteamericano) respecto a la indemnización en materia de daños obedece a esa lógica: la obligación de indemnizar se establece de la manera más eficiente posible, esto es, en el sentido de que da lugar a la maximización de la riqueza social. Igualmente, sugieren un esquema de evolución del Derecho basado en la idea de que las normas eficientes sobreviven a las ineficientes (o a las menos eficientes).

Ahora bien, esta teoría ha sido criticada con cierta frecuencia por contener elementos de tipo ideológico. Por ejemplo, de una manera más o menos imperceptible, se produce un paso de lo descriptivo a lo normativo: del hecho de que las normas (o cierto tipo de normas) persigan la eficiencia económica se pasa a afirmar que necesariamente ha de ser así y que, por tanto, la eficiencia es el único criterio con el que medir la justicia de un sistema jurídico. Y los elementos de desigualdad y de conflicto existentes en el Derecho tienden a cubrirse con un manto de tecnicismo que da al poder una apariencia de neutralidad; es como si la capacidad de traducir un problema a términos cuantitativos lo convirtiera en una cuestión puramente técnica, para cuya solución no es necesario para nada que intervengan juicios de valor. Un ejemplo de esto último [Mercado, 1994, p. 270 y ss.] es la sustitución del concepto tradicional de culpa (es culpable, y debe responder por el daño causado, el que no se ha comportado con la diligencia exigible a un “hombre razonable”, o a un “buen padre de familia”) por un concepto de tipo económico, que podría formularse así: el agente del daño es culpable de negligencia si el coste de los daños causados por el accidente (CA) multiplicado por la probabilidad de que el accidente ocurra (PA) excede el coste de las precauciones que dicho agente podría haber adoptado para impedir la producción del siniestro (CP); en una fórmula quedaría expresado así: $(CA \times PA) > CP$. Pues bien, es obvio que la fórmula (que puede ser muy útil) asume un determinado juicio de valor (una preferencia) que en la práctica significará favorecer ciertos intereses y perjudicar otros.

Pero, como se decía, ésta no es la única tendencia que puede encontrarse en

este amplio y vigoroso movimiento. A esa concepción muy conservadora que promueve la desregulación, el Estado mínimo y el resto de los dogmas del neoliberalismo suele oponerse una tendencia liberal-reformista cuyo principal impulsor es Calabresi. El punto de partida ahora es la economía del bienestar que acepta que el mercado es el mecanismo más eficiente de asignación de recursos, pero reconoce que se trata de un modelo ideal: en la realidad nunca se da una situación de competencia perfecta (en la que los mecanismos del mercado puedan funcionar sin distorsiones: disponibilidad de información, ausencia de costes de transacción, ausencia de barreras para entrar en el mercado), y de ahí la necesidad de intervención por parte del Estado; la función del Derecho no puede, pues, reducirse a la de garantizar las condiciones de libertad y seguridad del tráfico mercantil. Calabresi subraya, en particular, que la anterior concepción deja indebidamente al margen los problemas de la producción “sostenible” de bienes y los de justicia distributiva: por un lado, no cuestiona el punto de partida, esto es, oculta que el poder está repartido de manera muy desigual entre los individuos que concurren al mercado; por otro lado, el valor de la eficiencia, pese a su importancia, no es el único a tomar en cuenta: hay que tratar de lograr un equilibrio entre la eficiencia y la justicia o equidad, entre el tamaño del pastel y la porción que ha de corresponder a cada cual.

Finalmente, existe todavía otra dirección que parte del hecho de que la actividad económica en su mayor parte no tiene lugar entre individuos, sino entre grupos de individuos que integran instituciones (empresas, asociaciones, etc.); lo que se necesita no es, pues, una teoría de la acción individual, sino de la acción social. Además, estos autores (neoinstitucionalistas) resaltan los elementos de conflicto presentes en las relaciones de poder: los cambios legales o las decisiones judiciales generan desigualdades y generan perjudicados. El problema no consiste tanto en maximizar la riqueza cuanto en determinar quién debe perder y quién debe ganar con la adopción de una norma o con la resolución de un conflicto jurídico.

Conclusiones

De todo lo anterior se sigue que el Derecho está vinculado con el poder en una forma muy compleja. Por un lado, no se conecta únicamente con la fuerza física, sino también con el poder ideológico y con el poder económico. Por otro lado, la relación puede considerarse desde muy diversas perspectivas. Así, el poder es lo que genera el Derecho, puesto que las normas y las instituciones jurídicas son, sin duda, producto del poder. Pero el propio Derecho actúa sobre el poder social, bien manteniendo ciertas estructuras de poder o bien contribuyendo a cambiarlas. Y el Derecho puede verse además como una especie de mecanismo que transforma el poder social en poder jurídico y ofrece una serie de moldes, de estructuras, mediante los cuales se articulan los intereses —las relaciones de poder— entre los individuos. Desarrollemos un poco este último aspecto.

El Derecho como forma de poder

Lo que Kelsen llamó norma fundamental y Hart regla de reconocimiento cumple precisamente la función que se acaba de señalar, la de juridificar el poder social, hacer que lo que de otra manera no sería más que un acto desnudo de poder (establecer obligaciones y prohibiciones de carácter general, condenar a un individuo a una determinada pena, ejecutar esa medida...) se convierta en un acto jurídico, en un acto lícito. Además, como se recordará, en un capítulo anterior habíamos distinguido diversos tipos de normas [Atienza y Ruiz Manero, 1996]. Las reglas de mandato cumplen la función de limitar la persecución de los intereses de unos individuos en favor de otros; y las reglas permisivas definen ciertos ámbitos dentro de los cuales, cada cual puede perseguir libremente sus intereses, sin ser obstaculizado por los demás. Algo parecido puede decirse de los principios en sentido estricto (que pueden ser normas de mandato o permisivas), pero con la diferencia de que, a diferencia de las reglas, exigen, cuando son aplicados, tomar en consideración la posible afectación a intereses protegidos por otros principios o por otras reglas del ordenamiento; en el caso de las directrices, a lo anterior debe añadirse que su función fundamental es la de promover intereses sociales. Las normas que confieren poder posibilitan indirectamente (mediante la realización de contratos, la promulgación de leyes, etc.) la persecución de intereses propios o ajenos: si son de ejercicio facultativo (como suele ocurrir con los poderes privados) la afectación de los intereses se hace depender de los deseos del destinatario (o de los destinatarios) del poder; pero esto no es así cuando se trata de poderes públicos, cuyo ejercicio suele ser obligatorio: aquí los intereses a perseguir están fijados en otras reglas o principios.

Poder, dominación y Derecho

Ahora bien, si todo el Derecho, en definitiva, puede analizarse en términos de poder, ¿significa eso que el Derecho es necesariamente —o simplemente— un mecanismo de dominación y por tanto, en rigor, incompatible con la existencia de una sociedad de hombres libres? La respuesta exige distinguir varios aspectos o funciones del poder que en las páginas anteriores no han quedado quizás bien delimitados.

Por un lado, es preciso tener en cuenta que lo que genera la necesidad de una institucionalización del poder (y, por tanto, de que haya normas e instituciones jurídicas) no es sólo la existencia de situaciones de conflicto genuino (cuando se producen choques entre intereses de individuos o de grupos), sino también la necesidad de coordinar la acción de los individuos, lo cual es especialmente complejo en sociedades desarrolladas como las nuestras: a pesar de que se compartan unos mismos intereses, es necesario establecer normas que, por ejemplo, fijen un determinado plazo para presentar una instancia o para recurrir una decisión, que regulen el tráfico de cierta manera, que señalen cómo deben etiquetarse los alimentos... En todos estos casos (que en nuestras sociedades son

muchos), el poder no significa dominación, sino que, por así decirlo, tiene un carácter neutral, técnico. De todas formas conviene reparar en que esa necesidad de coordinación puede usarse —ideológicamente— para enmascarar el hecho de la dominación: por ejemplo, el mercado se presenta muchas veces como una institución cuya única función sería la de coordinar la actividad económica, como un mecanismo generador de eficiencia y en el que, a la corta o a la larga, todos ganan; lo que aquí queda fuera es el enorme poder de dominación que representa y el reparto enormemente desigualitario del poder que genera.

Por otro lado, una cosa es el poder que genera situaciones de desigualdad y de dominación y que se opone a lo que sería una sociedad que hubiera desterrado la violencia, el engaño y las desigualdades de riqueza y en la que, por lo tanto, reinasen la paz, la verdad y la igualdad; y otra el poder considerado simplemente como capacidad de influir en los intereses de los demás. Ya antes se ha visto que hay un tipo de poder social que, aunque se basa en la existencia de relaciones asimétricas, no supone dominación porque se ejerce —o debería ejercerse—, no en beneficio de quien detenta el poder (la patria potestad, el poder de los órganos públicos...). Pero, además, hay otro tipo de *poder*, lo que filósofos como Habermas llaman “poder comunicativo”, que supone precisamente la negación de las relaciones asimétricas: se trataría de la capacidad para interactuar con los otros e influirse por tanto recíprocamente, en el contexto de un diálogo racional en el que las diferencias de poder político, ideológico o económico han quedado eliminadas. Paralelamente a lo que se decía en relación con el poder de coordinación, al poder comunicativo se apela también como mecanismo ideológico con el que encubrir el poder como dominación: es lo que ocurre cuando la negociación se presenta como si se tratara de un diálogo racional o cuando lo que tendría que ser una discusión crítica se convierte en pura propaganda.

Pues bien, acabar con el poder entendido como dominación es deseable, aunque pueda resultar utópico; pero acabar con cualquier relación de poder es no sólo imposible, sino también indeseable. A fin de cuentas, el poder también se presta para expresar el ideal del Derecho: un sistema jurídico es tanto más justo cuanto más contribuye a poner límites al poder como dominación y a aumentar los espacios regidos por el poder del diálogo, de la persuasión racional.

Capítulo 6

Las funciones del Derecho

El análisis funcional del Derecho

Importancia del análisis funcional

En el capítulo 2 veíamos que la pregunta qué es el Derecho tiene necesariamente respuestas distintas, según que se adopte una perspectiva estructural (¿cuáles son los componentes del Derecho?, ¿qué relaciones guardan entre sí?), funcional (¿Qué función cumple el Derecho?, ¿para qué sirve?) o valorativa (¿cómo debería ser el Derecho?, ¿cuándo un Derecho es justo?). Ello, por otro lado, no significa que, desde cada una de esas perspectivas, la pregunta encuentre una respuesta unívoca. Por ejemplo, incluso si se piensa que el Derecho consiste esencialmente en normas, puede haber importantes diferencias a la hora de determinar qué son las normas, cuáles son los tipos principales de normas jurídicas, las relaciones que éstas guardan entre sí y con otros elementos como la moral, el poder, la ideología, etc. Respecto a las funciones del Derecho, la situación es semejante: puede aceptarse que el Derecho es un medio de ordenar la conducta humana, pero existen varias interpretaciones sobre el sentido de esa ordenación: ¿tratar de conservar una estructura social determinada o posibilitar su transformación?, ¿hacer posible la paz social o establecer y mantener un tipo de organización social basada en la fuerza y en la imposición de unos grupos o clases sobre otros?, etc.

Suele afirmarse que la teoría del Derecho ha tendido, hasta fechas relativamente recientes, a privilegiar los aspectos estructurales del Derecho, en detrimento de los funcionales. Ello es cierto, pero sólo hasta un determinado punto. La filosofía del Derecho ha tratado de contestar, desde siempre, a esta cuestión, aunque, en general, desde una perspectiva que (como en seguida veremos) no es la que ahora nos interesa. El aspecto funcional estaba muy presente —aunque insuficientemente desarrollado— en la obra de Ihering. Kelsen, a pesar de llevar a cabo un análisis eminentemente estructural del Derecho, tenía plena conciencia de que el Derecho no era otra cosa que una técnica de organización social, un orden de la conducta humana. En la obra de Hart, el elemento funcional es clave para entender aspectos básicos de su concepción, como la distinción entre normas primarias (cuya función básica es la de guiar la conducta de los individuos) y normas secundarias (que cumplen una función de certeza —regla de reconocimiento—, de adaptación del Derecho a los cambios sociales —normas de cambio— y de resolución de conflictos —normas de adjudicación o de juicio—). Uno de los autores de los que antes nos ocupamos, el estadounidense Fuller, partía

de un concepto de Derecho eminentemente funcional: el Derecho en cuanto guía de la conducta humana. Y, desde luego, los enfoques marxistas han tendido, en general, a destacar los aspectos funcionales del Derecho, al considerarlo como un instrumento del que se sirve el poder del Estado para asegurar la dominación de una clase sobre otra, y como una ideología, puesto que contribuye a que esa dominación tenga lugar de una manera encubierta.

Sin embargo, y con estas importantes matizaciones, sí que puede aceptarse que la teoría (y, en general, el estudio) del Derecho ha estado más volcado hacia los aspectos estructurales que hacia los funcionales, ha tenido un carácter más anatómico que fisiológico. Bobbio [1980, 1], al plantearse esa situación y constatar el interés que en los últimos tiempos (él escribe a comienzos de los años setenta) parece haberse despertado por el análisis funcional del Derecho, indica los siguientes factores explicativos: el desarrollo de la sociología del Derecho, la pérdida de función del Derecho, las funciones negativas del Derecho y la aparición de nuevas funciones. Veámoslo con un poco de detalle.

El desarrollo de la sociología del Derecho se ha producido, sobre todo, después de la segunda guerra mundial. Para Bobbio, como para muchos otros autores, el tema central de la sociología del Derecho es el de las relaciones entre el Derecho y la sociedad, es decir, el de las funciones sociales del Derecho (mientras que la ciencia del Derecho en sentido estricto se ocuparía fundamentalmente de la estructura del Derecho). Hay que tener en cuenta, sin embargo, que del mismo modo que cabe un análisis funcional del Derecho no sociológico (no llevado a cabo por sociólogos), la sociología del Derecho —como la sociología en general— no se ocupa únicamente del problema de la función, sino también del de la estructura social. Por lo demás, ambos elementos (estructura y función) suelen verse como interrelacionados, aunque el acento puede ponerse en uno u otro: así, el paradigma dominante en sociología parece haber pasado del estructuralismo funcionalista de Parsons al funcionalismo estructural de Luhmann.

La llamada por Bobbio “pérdida de función del Derecho” alude a la tendencia que parece existir en las sociedades tecnológicamente avanzadas a suplir el control social realizado tradicionalmente a través del Derecho (un control *coactivo* y *a posteriori*) por otras técnicas alternativas: a) frente al control jurídico realizado mediante el empleo de la fuerza física, cada vez parecen cobrar más importancia técnicas que no se basan propiamente en la fuerza física, sino en el poder ideológico, como son los medios de comunicación de masas, la propaganda, etcétera; b) paralelamente, más que a reprimir comportamientos no deseados una vez que éstos se han producido, la sociedad contemporánea se orienta, a través de la utilización del conocimiento aportado por las ciencias sociales —sociología, psicología, etcétera— a prevenirlos (de la misma manera que, frente a la medicina curativa, se desarrolla una medicina preventiva que es cada vez más importante). Ahora bien, esta pérdida de función del Derecho es ciertamente relativa. Cuando se habla en estos términos, no quiere decirse que el Derecho esté en un proceso de

extinción o algo por el estilo. Todos estos nuevos sistemas de control necesitan, a su vez, ser regulados jurídicamente de manera que, por ejemplo, el uso de los ordenadores y, en general, la sociedad de la información ha generado nuevas ramas del Derecho y nuevas disciplinas jurídicas. En la sociedad actual, no sólo no se ha producido una disminución de la reglamentación jurídica, sino un aumento extraordinario de la misma; por ello, más que de *pérdida* de función del Derecho parece que habría que hablar de *cambio* de la función del Derecho.

En los años sesenta (y en buena medida como consecuencia de la influencia del marxismo) adquirió fuerza la idea de que el Derecho no cumple sólo funciones positivas (resolución de conflictos, consecución de la paz social, etcétera), sino también funciones negativas. Con ello no quiere decirse simplemente que el Derecho sea disfuncional en cuanto, por ejemplo, los tribunales cumplen mal su función —positiva— de resolver conflictos, debido a la lentitud y carestía de la justicia, sino que lo que se pretende afirmar es que el Derecho cumple también ciertas funciones que, en sí mismas, son negativas: las cárceles no sólo funcionan mal, sino que su funcionalidad —y, por tanto, la del Derecho penal— es negativa, pues son un factor de criminalidad; la existencia de la regulación jurídica contribuye a perpetuar una sociedad basada en relaciones desiguales y presididas por la fuerza, etcétera.

Las nuevas funciones del Derecho a las que se refiere Bobbio se vinculan con el paso del Estado liberal, abstencionista, a un Estado social, intervencionista y benefactor. En ese contexto aparecen lo que él llama [Bobbio, 1980, 2] *función promocional* (incentivación de ciertos comportamientos mediante el establecimiento de premios, ventajas económicas, etc.) y *función distributiva* (reparto de bienes económicos y de oportunidades sociales) del Derecho.

¿Qué significa función social del Derecho”?

El interés por el análisis funcional del Derecho obedece, pues, a una exigencia real y no a una simple moda teórica: el Derecho de las sociedades contemporáneas plantea diversos problemas cuyo estudio exige la adopción de una perspectiva funcional que, por lo demás, no es incompatible, sino más bien complementaria, con respecto a la estructural: es difícil saber cómo funciona algo si no tenemos una idea de en qué consiste ese algo. Se trata, sin embargo, de una tarea interesante pero compleja. La pregunta de qué función cumple el Derecho es considerablemente ambigua y, por tanto, admite diversas respuestas, según que lo que se trate de averiguar sea (son sólo algunos ejemplos) *para qué* sirve el Derecho o *para quién* sirve, qué función cumple respecto a la sociedad tomada en su conjunto o respecto a cada uno de los grupos o individuos que la componen, qué función cumple de hecho o qué función debería cumplir (a esta última es a la que los filósofos del Derecho han tratado de contestar desde siempre), qué función (o funciones) cumple o cómo la(s) cumple, o, incluso, quién (jueces, abogados, etcétera) las cumple.

Sin entrar en mayores complejidades, cabe partir de que la expresión “funciones sociales del Derecho” puede entenderse, básicamente, de dos formas distintas [Ferrari, 1980; 1989] que resultan de seleccionar uno u otro de los dos significados principales que tienen cada uno de sus componentes: así, “función” en ciencias sociales puede significar, bien la prestación de un determinado órgano al organismo (a la totalidad) de la que forma parte (sentido organicista de función), o bien una relación de dependencia o interdependencia entre dos o más factores variables (sentido matemático); “sociedad” puede entenderse como el todo social, la sociedad en su conjunto, o como alguna institución o grupo social en particular; y con “Derecho” puede uno referirse al conjunto del ordenamiento jurídico o a alguna institución o norma jurídica en particular. Cuando se afirma, por ejemplo, que el Derecho cumple una función de control social, nos estamos refiriendo a la función (en sentido organicista) del Derecho (del conjunto del ordenamiento jurídico) en la sociedad (en el todo social). Pero cuando se sostiene que el divorcio cumple la función de mantener la institución familiar, lo que se quiere decir es que la pervivencia de la familia (una determinada institución social) está en función (es una variable dependiente) del reconocimiento del derecho al divorcio (una determinada institución jurídica que opera como la variable independiente). En el primero de los sentidos señalados, el estudio de la función social del Derecho tiene un carácter eminentemente teórico y se conecta con algún tipo de filosofía social, de concepción general de la sociedad. En el segundo de los sentidos, la función social del Derecho es un tema de investigación de carácter eminentemente empírico, referido a la *eficacia social* del Derecho. Lo que aquí importa no es la cuestión de si el Derecho (una determinada norma o un conjunto de normas) es o no aplicado u obedecido en la práctica (ésta sería la noción de *eficacia*), sino la de qué efectos sociales tiene (*eficacia social*).

La concepción funcionalista y la concepción de la sociedad como conflicto

Hay dos formas básicas de entender la sociedad que, a su vez, generan visiones distintas de la función que cumple el Derecho en la sociedad (sobre todo, en el primero de los sentidos señalados). Una es la concepción funcionalista que parte de considerar a la sociedad como un conjunto de elementos en equilibrio; la sociedad se concibe esencialmente como un sistema compuesto por diversos elementos —subsistemas, instituciones— que se coordinan e integran entre sí con el fin de preservar y mantener la unidad de la sociedad, el orden social; el conflicto es visto simplemente como un supuesto de disfunción, de mal funcionamiento, que debe ser corregido desde dentro del sistema, sin alterar sustancialmente la estructura de la sociedad, sino más bien conservándola (como ocurre cuando se trata de recuperar el equilibrio de un organismo, momentáneamente perdido como consecuencia de una enfermedad). En ese contexto, el Derecho aparece como uno de los mecanismos (quizás el más importante) para mantener el equilibrio social, para lograr la integración social. La segunda concepción, por el contrario, pone el acento en el conflicto, en las relaciones de poder, en los antagonismos sociales. Mientras que la primera concepción tiene un carácter eminentemente conservador,

esta segunda supone obviamente una actitud crítica con respecto a la sociedad, y sus partidarios tienden, en general, a subrayar la importancia de la transformación social. Las funciones del Derecho se definen ahora en relación con el conflicto, aunque éste puede concebirse de diversas formas: se puede pensar que el Derecho es esencialmente un medio para resolver conflictos o para encauzarlos, pero también que la función principal del Derecho consiste en ocultar el conflicto o incluso en generarlo.

Alguien podría objetar que en cualquier sociedad pueden distinguirse tanto elementos de consenso (estabilizadores) como de conflicto, pero eso no parece anular la importancia de la anterior contraposición; simplemente, lleva a verla en términos de predominio de unos u otros factores.

Las funciones sociales del Derecho

El Derecho como sistema de control social

De hecho, tanto los autores funcionalistas como los conflictualistas suelen caracterizar el Derecho como un sistema de control social, pero eso no significa que exista un acuerdo (o, al menos, no un acuerdo completo) a la hora de determinar cuáles son las funciones sociales del Derecho (en el primero de los sentidos distinguidos). Empecemos, pues, por aclarar el concepto de control social, mostrando las varias dimensiones que pueden distinguirse en el mismo.

En primer lugar, merece la pena reparar en que la expresión “control social” tiene el doble significado de dirigir y de supervisar algo: la conducta. Aplicado al Derecho, a veces se dice que es un sistema de control social en cuanto supervisa el funcionamiento de las otras instituciones sociales, manteniendo el sistema social bien aceitado y resolviendo los conflictos (restaurando el equilibrio social). Pero otras veces lo que se indica con ello es que el Derecho cumple (junto con la anterior) una función de dirección y de guía de las conductas: no es sólo un mecanismo de *integración*, sino también de *regulación*. La distinción parece útil para aclarar la distinta función que desarrolla el Derecho cuando se pasa del Estado liberal y abstencionista al Estado social e intervencionista. En el primer caso, la función del Derecho (y del Estado) consiste básicamente en supervisar el funcionamiento de la sociedad: actuarían como una especie de mecánico o de guardagujas con respecto a la marcha del tren —la sociedad—, mientras que en el segundo, en el Estado social, cumplen además una función de dirección: se convierten —podríamos decir— en el maquinista del tren.

Otra ambivalencia del término “control social” deriva de que, en ocasiones, la actividad de control parece tener por objeto la conducta en general de los miembros de la sociedad, mientras que, en un sentido más restringido, el control social se limita a las *conductas desviadas*.

La llamada integración social comienza con el proceso de *socialización* (a través de instituciones como la familia o la educación) durante el cual el individuo aprende las pautas de comportamiento de la sociedad y las hace suyas. En las sociedades con cierto grado de complejidad, como ya hemos visto, el proceso de socialización no es suficiente. Además existen, para asegurar la integración social, unas instancias formales de control social (fundamentalmente el Derecho) que deben actuar en los supuestos en que el comportamiento de los individuos se aparta de las pautas establecidas. El fenómeno de la desviación se refiere propiamente al comportamiento que se separa de las normas consideradas más importantes; pero la sociedad tolera diversas *variaciones* en el comportamiento de sus miembros que no considera como actos de desviación: el comportamiento extravagante no supone sin más conducta desviada. En la medida en que el Derecho presupone el fenómeno de la socialización (aunque debe tenerse en cuenta que también influye en él) puede entenderse mejor la existencia del consenso que, como hemos visto, acompaña necesariamente al Derecho: una parte importante, o al menos significativa, de las normas de un sistema jurídico no son otra cosa que la institucionalización (o, si se prefiere, la reinstitucionalización) de pautas que el sujeto ya “aprendió” en su proceso de socialización.

Se han formulado muchas teorías para explicar la desviación. Una de las más conocidas e influyentes es la que enunció Merton, a finales de los años 1930, sobre las huellas de la teoría de la anomia de Durkheim. Según Merton, toda sociedad señala a sus miembros unos objetivos (metas e ideales) a alcanzar, así como unos medios lícitos para ello, pero desigualmente repartidos. Esta relación entre fines y medios da lugar a diversos tipos de respuestas, de comportamiento, por parte de los miembros de la sociedad. Comportamiento *conforme* es el de los individuos que pueden realizar dichos fines sirviéndose de los medios establecidos por las normas: es el comportamiento de quien acepta —porque puede hacerlo— tanto los medios como los fines. En los otros supuestos aparece el comportamiento *desviado* o *anómico* (contrario a las normas) que puede ser, a su vez, de diversos tipos, según que el individuo acepte los fines definidos socialmente pero no los medios (comportamiento *innovador*), acepte los medios pero rechace los fines (comportamiento *ritualista*), no acepte ni los medios ni los fines (comportamiento *apático*), o no acepte ni los medios ni los fines, pero en lugar de marginarse de la sociedad (como en el supuesto anterior) trate de cambiarla, de establecer nuevos fines y medios (comportamiento *rebelde* o *revolucionario*).

Otra teoría importante es la que ve la desviación como el resultado de la atribución de un estigma: son las teorías del “labelling approach” o de la reacción social, de impronta fuertemente crítica. El comportamiento desviado es visto aquí como el comportamiento etiquetado como tal: la desviación vendría a ser el resultado de un proceso de interacción que tiene lugar entre el comportamiento del sujeto y la reacción social por parte, sobre todo, de las instancias de control social: jueces, policía, etcétera.

Aunque es posible considerar como desviadas conductas que no caen dentro del ámbito de la delincuencia, el prototipo de conducta desviada es el delito y, de hecho, cuando se afirma que el Derecho es un sistema de control de las conductas desviadas se está pensando, ante todo, en el Derecho penal. Es importante reparar, a este respecto, en que si la desviación se explica (como ocurre en las anteriores teorías; en la de Merton, el comportamiento delictivo es un tipo de comportamiento innovador) por factores sociales y no individuales, entonces las instancias especializadas en ese tipo de control (como el Derecho penal), en la medida en que actúan sobre el individuo y no sobre la sociedad, resultan ineficaces e incluso ilegítimas: los actos de control tienden a presentarse como puros actos de imposición coactiva. Si lo que genera el comportamiento delictivo es el medio social, entonces no es sólo que la cárcel no puede resocializar al individuo, sino que resulta muy problemático que se pueda justificar tal institución.

Otra distinción importante a tener en cuenta cuando se habla del Derecho como sistema de control social es que con ello puede aludirse a los *fin*es que persigue el Derecho (mantener el equilibrio o la integración social, regular el comportamiento, etcétera) o bien a los medios que cabe utilizar para conseguir esos fines (en este último sentido, el Derecho aparece como un sistema de control social normativo y coactivo). Ahora bien, los conceptos de *medio* y de *fin* están interrelacionados, de manera que un determinado fin puede a su vez ser medio para otro fin. Por ejemplo, la aplicación de una sanción (el pago de una indemnización) puede verse como un medio para resolver conflictos; a su vez, la resolución de conflictos es un medio para el fin de la integración social, etcétera. Así, Parsons considera que la función *primaria* de un sistema jurídico es una función integradora consistente en “mitigar los elementos potenciales de conflicto y lubricar el mecanismo de las relaciones sociales”. Mas para conseguir esto, continúa Parsons, es preciso resolver cuatro problemas fundamentales que dan lugar a otras cuatro funciones *secundarias* del Derecho: legitimación, interpretación, sanción y aplicación. Las funciones secundarias del sistema jurídico son, en consecuencia, los medios para conseguir un único fin (la función primaria). Y Gianformaggio [1980], con un razonamiento en cierto modo paralelo, sostiene que en las sociedades desarrolladas de hoy el Derecho cumple las funciones (los fines) de ordenar la sociedad y asegurar la paz, garantizar el ejercicio de los derechos y libertades, y potenciar la autorrealización del individuo. Pero no cumpliría propiamente una función de represión; reprimir (en el contexto del Estado constitucional) no sería un fin, sino un medio para lograr otras cosas: el orden, la garantía de la libertad, etc.

Merece la pena insistir en que el uso de la coacción (o, si se quiere, el establecimiento de sanciones negativas: penales —prisión, multa, privación de derechos...— o civiles —indemnización—) no es el único medio de que dispone el Derecho para lograr lo que cabría llamar sus fines internos: la conformidad de la conducta de los destinatarios a lo establecido por las normas; esos fines internos deben distinguirse —como antes veíamos— de los fines externos del Derecho: la

consecución de determinados efectos sociales. Jonathan Swift (el autor de *Los viajes de Gulliver*) ya se había dado cuenta, a mediados del XVIII, de lo limitado que resultaba tratar de regular la conducta únicamente mediante sanciones negativas. Cuando Gulliver llega a Liliput, hace esta descripción del sistema de gobierno que allí encuentra: “Aunque nosotros usualmente consideramos la recompensa y el castigo como los dos ejes sobre los que gira todo gobierno, nunca he visto esta máxima puesta en práctica en ninguna nación, salvo en Liliput. Cualquiera que acredite con suficientes pruebas haber observado estrictamente las leyes de su país durante setenta y tres lunas, tiene derecho a ciertos privilegios según su calidad y condición de vida, con una proporcionada cantidad de dinero que se toma de un fondo existente al efecto. Además, adquiere el título de Snilpall o legal, el cual se añade a su nombre, si bien no se transmite a su descendencia. Y los liliputienses juzgaban que es un prodigioso defecto político entre nosotros el que nuestras leyes sean impuestas sólo a fuerza de penalidades sin mención alguna de recompensa. Por ello, en sus tribunales, la figura de la justicia se representa con seis ojos, dos delante, dos detrás y uno a cada lado, para significar la circunspección, y con un saco de oro abierto en la mano derecha y una espada envainada en la izquierda, mostrando que está tan dispuesta a castigar como a recompensar.”

Pero la cosa es todavía más complicada. La eficacia del Derecho, el logro de los fines internos del Derecho, no depende únicamente de que existan sanciones —negativas y positivas— adecuadas, y ni siquiera depende exclusivamente de que los destinatarios de las normas estén dispuestos —se sientan motivados— a cumplirlas. Deben poder hacerlo, lo cual supone en muchos casos (por ejemplo, en relación con algunas normas características del Estado social) que se les ha provisto de los medios necesarios para ello: es imposible cumplir con la obligación de vacunar a toda la población de cierta edad y de un determinado territorio si no se dispone de personal sanitario, de un censo fidedigno y, por supuesto, de vacunas.

Si partimos de que el Derecho (o, mejor, las normas jurídicas regulativas) divide la conducta en deseada (lícita) e indeseada (ilícita), y de que sobre ambas se puede actuar *a priori* o *a posteriori*, nos encontramos con que el Derecho (y, en general, cualquier sistema de control social) puede, teóricamente, operar de estas cuatro maneras: *a priori*, 1) evitando, desalentando o haciendo imposible las conductas indeseadas, o bien 2) favoreciendo, incentivando o haciendo necesarias las deseadas; *a posteriori*, 3) reprimiendo (reaccionando negativamente sobre) las conductas indeseadas, o bien 4) premiando o recompensando las deseadas. Pues bien —como antes se ha dicho—, muchas de las medidas dirigidas a lograr la eficacia de las normas jurídicas no tienen un carácter coactivo. No lo tienen, por ejemplo, las que fijan premios o recompensas como consecuencia de haber actuado de determinada forma. Y algunas ni siquiera pueden llamarse propiamente sanciones, porque no son consecuencia de una conducta anterior: las que consisten en establecer órganos para facilitar el cumplimiento de obligaciones o para la realización de derechos, las que fijan incentivos, etc.

Finalmente, la noción de control social puede también resultar ambivalente según que el control del Derecho se refiera a la conducta de los ciudadanos en general, o bien a la conducta de las autoridades, de los órganos jurídicos. En ambos casos hay normas jurídicas (normas de mandato) encargadas de realizar ese control. Ahora bien, el control sobre la conducta de los ciudadanos queda asegurado, en general, por la existencia de normas que establecen quiénes pueden aplicar las otras normas, interpretarlas, etc. (un subtipo de lo que Hart llamaba normas secundarias: las normas de adjudicación o de juicio); pero el control sobre la conducta de los órganos jurídicos (al menos si se trata de órganos supremos) no puede ya asegurarse de esta manera. Sin embargo, un aspecto central de la idea de Estado de Derecho consiste precisamente en postular el sometimiento de las autoridades al Derecho, lo cual puede tener lugar en dos formas distintas. Una es haciendo que unos órganos o instituciones controlen a otros: el legislativo controla al gobierno, el Tribunal de Cuentas controla el gasto público, el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de las leyes —por tanto, al legislativo—, los órganos jurisdiccionales superiores a los inferiores, etcétera. La otra consiste en permitir (o promover) que las instituciones sociales controlen la actuación de los órganos jurídicos a través, básicamente, de la opinión pública.

El Derecho puede considerarse, pues, como un sistema (muy complejo) de control social, pero con eso no está dicho todo sobre las funciones sociales del Derecho (en el primero de los sentidos distinguidos). Algunos autores, como Luhmann, consideran que la principal contribución del Derecho (algo parecido podría decirse de cualquier sistema) no es tanto el control social cuanto la reducción de la complejidad (de la complejidad social). Esto viene a querer decir lo siguiente. El Derecho regula la conducta humana, pero la conducta es naturalmente imprevisible, las expectativas que podamos tener sobre el comportamiento futuro de alguien siempre pueden verse frustradas. Para que sea un sistema de seguridad, para que el Derecho nos provea de cierta certeza, debe permanecer cerrado con respecto a los otros subsistemas sociales: el juez, por ejemplo, tiene que limitarse a aplicar las normas jurídicas formalmente válidas, sin entrar a considerar sus consecuencias en términos sociales o económicos, o si la decisión es o no justa. El Derecho logra reducir la complejidad social al operar con un código propio, un código binario que es distinto de los códigos de los otros sistemas y que permite clasificar toda la conducta posible en (jurídicamente) lícita e ilícita prescindiendo, pues, de otras consideraciones. Luhmann habla por ello de que el Derecho es un sistema autopoietico, un sistema que se autorregula y se autorreproduce al margen, en cierto modo, del sistema social. Ahora bien, este planteamiento no sólo peca de un extremado conservadurismo (el único valor jurídico, como se ha visto, es el del orden, el de la seguridad), sino que sitúa los problemas en un nivel de exasperante abstracción (el Derecho se define como “la estructura de un sistema social que reposa sobre la congruente generalización de expectativas normativas de comportamiento”); y, en definitiva, no se ve que el concepto de “reducción de la complejidad” resulte más fructífero que el de “control social”, al menos por lo que se refiere al análisis de las funciones sociales

del Derecho.

De la función social a las funciones sociales del Derecho

Ahora bien, la afirmación de que el Derecho es un sistema de control social, aun siendo acertada, es sin duda demasiado abstracta. Se necesita especificarla de alguna manera. Debemos pasar de *la* función social a *las* funciones sociales del Derecho.

Como antes se ha visto, en Parsons hay ya algo de esto cuando distinguía entre funciones primarias y funciones secundarias del Derecho. Inspirándose en la concepción general del sistema social de Parsons, pero efectuando ciertas modificaciones en la misma, Bredemeier ha formulado un análisis de las funciones sociales del Derecho que arranca de las relaciones que mantiene el sistema jurídico (en cuanto parte del *sistema de integración* de la sociedad) con los otros sistemas (o, mejor, subsistemas) sociales: el *sistema político* o de consecución de objetivos; el *sistema de adaptación* o de producción de medios instrumentales para hacer frente a los obstáculos que se interponen en la consecución de las metas del sistema (sistema económico, ciencia y tecnología); y el *sistema de socialización* o de mantenimiento de pautas. Del sistema político, el sistema jurídico recibe, por un lado, finalidades y directivas y, por otro lado, la posibilidad de recurrir a la fuerza física; a cambio, el sistema jurídico proporciona, respectivamente, interpretación (de las leyes) y legitimación. Del sistema de adaptación recibe conocimiento especializado, a cambio de organización de los roles en la división del trabajo y demandas de conocimiento. Finalmente, del sistema de socialización recibe conflictos y motivaciones para conformarse al Derecho, a cambio, respectivamente, de soluciones y de justicia (entendiendo por justicia el sentimiento de que uno ha obtenido lo que le corresponde).

Una lista amplia, pero heterogénea, de funciones sociales del Derecho es la que suministra el sociólogo alemán Rehbinder, reelaborando las tesis del jurista norteamericano Llewellyn. Según Rehbinder, el Derecho cumple fundamentalmente las siguientes funciones sociales: 1) Resolución de conflictos actuando, por así decirlo, sobre la patología del sistema, sobre los casos que llegan hasta los tribunales. 2) Orientación del comportamiento, al dirigir y regular la conducta de los miembros del grupo. 3) Legitimación y organización del poder social: el Derecho, al determinar las instancias que deben decidir los casos de conflicto, así como el procedimiento para hacerlo, convierte el poder en Derecho, lo legitima. 4) Configuración de las condiciones de vida: en el Estado social de Derecho, éste no sólo cumple un papel de vigilante nocturno, sino que interviene activamente en la vida social; esta función viene a coincidir ampliamente con las denominadas por Bobbio “función promocional” y “función distributiva” del Derecho. 5) Cuidado y mejora del Derecho: el propio Derecho cuida de la aplicación de las normas jurídicas y de la adaptación de los contenidos y de los órganos jurídicos a sus funciones.

En un sentido muy semejante, Ferrari [1989] ha distinguido tres funciones del Derecho que tendrían un carácter final: la orientación social, el tratamiento de los conflictos declarados y la legitimación del poder; y otra serie de funciones subordinadas a las anteriores que básicamente vienen a ser: la distribución de bienes y servicios escasos (función distributiva), la organización de los medios adecuados para la obtención de aquellos fines (función organizativa), la modificación de los comportamientos y valores existentes en una determinada sociedad (función educativa), la integración social (función integrativa) y la promoción de ciertos comportamientos a través básicamente de sanciones positivas (función promocional).

La eficacia social de las normas jurídicas

En el segundo de los sentidos que antes habíamos distinguido, “función social del Derecho” hace referencia, como se recordará, a la eficacia social de las normas jurídicas. Ahora se trata de mostrar [Ferrari, 1980] las relaciones de interdependencia y dependencia entre las siguientes variables: 1) los fines del edictor de las normas, ya sean proclamados o no, y considerando que quienes dictan las normas no son únicamente las instancias jurídico-formales, sino también los grupos de presión que influyen en ellas; 2) el contenido de la regulación jurídica; y 3) los efectos sociales producidos por la puesta en vigor de la norma. A este respecto, tienen una gran importancia los conceptos de función y de disfunción social y los de función manifiesta y función latente.

Las dos primeras nociones ya nos son conocidas. Función social —para decirlo con palabras de Salvador Giner— es “toda consecuencia observable producida por la presencia de un elemento en el seno de un sistema social, la cual aumenta o mantiene su grado de integración”; y las disfunciones serán las “consecuencias observables que menoscaban, minan o erosionan una estructura social dada”. Una concreta institución jurídica, en consecuencia, puede producir efectos funcionales o disfuncionales en uno o varios elementos del sistema. Por ejemplo, la administración de justicia en España produce efectos funcionales en cuanto opera en general de manera imparcial y es vista por la gente como una instancia que contribuye a salvaguardar los derechos fundamentales de los individuos, pero al mismo tiempo es disfuncional porque actúa con tanta lentitud que en ocasiones las soluciones llegan demasiado tarde, y la justicia tardía no es justicia; como suele decirse: “justicia demorada, justicia denegada”.

La otra distinción, entre funciones manifiestas y latentes, se refiere a lo siguiente. En principio, uno espera que las normas produzcan ciertos efectos sociales que coinciden con los fines queridos y proclamados por el legislador; ésas son sus funciones manifiestas. Por ejemplo, cuando se establece una normativa con sanciones de tráfico muy duras para el caso de que alguien conduzca con exceso de velocidad, la función manifiesta es que disminuya el número de accidentes, al castigar ese tipo de comportamiento. Sin embargo, en ocasiones, una norma puede

tener un efecto social que no ha sido previsto por el edictor, o que ha sido previsto pero no ha sido declarado; se habla entonces de funciones latentes. Por ejemplo, las “leyes de extranjería” cumplen aparentemente la función de proteger y garantizar los derechos de los extranjeros, pero su función latente (en este caso, en el sentido de no declarada, pues los autores de esas normas suelen ser perfectamente conscientes de ella) es la de garantizar las condiciones de vida de los ciudadanos de los países ricos, obtener mano de obra barata, etcétera. El análisis en términos funcionales de una institución jurídica debería, pues, dar cuenta tanto de las funciones aparentes y manifiestas como de las latentes; las que verdaderamente importan, en muchas ocasiones, son estas últimas. Merece la pena reparar en que hay una cierta conexión entre el concepto de función latente y el de ideología que examinábamos en el anterior capítulo; y en que ambos, a su vez, están conectados con el de argumento falaz del que trataremos en un capítulo posterior.

La realización de funciones latentes y manifiestas no se limita, naturalmente, a los supuestos de establecimiento de normas jurídicas. Cualquier individuo, o conjunto de individuos, que opera dentro de un sistema social puede contribuir con su comportamiento a la producción de efectos sociales de los que él no es consciente (y que en ocasiones no desearía que se produjesen). Para utilizar un gráfico ejemplo de Merton, cuando una tribu india organiza una danza para conjurar la lluvia en tiempo de sequía, la función manifiesta es pedir al dios de la lluvia que produzca agua, mientras que la función latente es la de mantener la cohesión del grupo; un análisis semejante podría hacerse en relación con la ceremonia de los cheyennes tras un homicidio, traída a colación en el capítulo 1: la función manifiesta es purificar los fetiches de la tribu, y la latente, asegurar la integración social, puesta en peligro por la comisión del delito.

La concepción de la sociedad como conflicto y el Derecho

Los análisis anteriores de las funciones del Derecho representan básicamente el punto de vista de la concepción funcionalista de la sociedad. Los conceptos elaborados en ese contexto pueden, sin embargo, ser también de utilidad para quienes suscriben una concepción de la sociedad como conflicto, pero ello implica ciertas modificaciones. Por ejemplo, para los autores funcionalistas la idea de función, como hemos visto, tiene una connotación positiva (la aportación del Derecho a la sociedad no puede ser más que positiva), mientras que para los conflictualistas (o, al menos para algunos de ellos, como los marxistas) la contribución del Derecho es (en todo o en parte) negativa. Desde un punto de vista marxista, en efecto, no habría seguramente dificultad en aceptar que el Derecho cumple las funciones a que antes hemos pasado breve revista, pero a ello se añadiría que además de cumplir dichas funciones (o, si se quiere, en la medida en que las cumple) el Derecho desarrolla también: 1) una función de dominación, pues es el medio del que se sirve el Estado para asegurar el poder de una determinada clase; el Derecho resuelve conflictos y distribuye, en cierto sentido, el poder, pero lo hace desigualitariamente, en interés de la clase dominante, y 2) una

función ideológica, pues lo anterior no lo efectúa de una manera abierta, sino encubierta; como hemos visto en el anterior capítulo, la superestructura jurídica — a través de la forma del contrato, del salario, etcétera— recubre las relaciones sociales con un manto de aparente libertad e igualdad.

Por otro lado, el conflictualismo de Marx y del marxismo es de un tipo relativamente moderado que contrasta con el de otros autores como Gumpłowicz, más o menos coetáneo de Marx y, como él, uno de los fundadores de la sociología del Derecho. Para Gumpłowicz, la condición para la existencia del Derecho es el Estado. El origen del Estado es el conflicto entre grupos antagónicos, dotados de fuerzas desiguales; la organización política no es más que la supremacía, el sojuzgamiento, de un grupo sobre/por el otro, y el Derecho es “la consagración legal de una desigualdad”. La sustancia del Derecho es por lo tanto la coerción, la fuerza, y su función de cara al conflicto consistiría en cambiarlo de manifiesto a latente, instaurando una paz inestable y precaria, en cuanto el Derecho reflejaría una relación entre poderes que es fluida. El Derecho es, si se quiere, una fuente indirecta de consenso, en cuanto produce comportamientos uniformes, pero se trata de un consenso que nace de la coerción. La diferencia fundamental con Marx radica en que Gumpłowicz considera que el conflicto, el sometimiento de un grupo por otro, es un hecho natural, ineliminable; mientras que para Marx, el conflicto, la lucha de clases, es característico únicamente de ciertos tipos de sociedades, y de ahí que se le pueda atribuir cierta función positiva: contribuir a la transformación social y, a la larga, al establecimiento de una sociedad sin conflicto.

El funcionalismo ha sido, a partir de la segunda guerra mundial, el paradigma dominante en la sociología, quizás como consecuencia de que las sociedades occidentales son un ejemplo de sociedades relativamente estables e integradas. Pero, naturalmente, no han faltado tampoco sociólogos del conflicto, fuera de los de inspiración marxista. Podría añadirse incluso que parece más que razonable que las grandes transformaciones sociales y culturales que se viven en los últimos tiempos tiendan a poner en crisis el modelo funcionalista y favorezcan el desarrollo de teorías basadas en el conflicto y en el cambio social.

Una concepción de la sociedad como conflicto que no aspira, como la marxista, a acabar con el conflicto, sino a convivir con él, y que además considera al conflicto como un factor que puede contribuir al progreso social (si es “domesticado” por las instituciones), es la de Ralf Dahrendorf [1990 y 1994]. Para este autor, el conflicto forma parte de la condición humana, de la “insociable sociabilidad del hombre” de la que hablara Kant. Lo que genera el conflicto en las sociedades modernas es el antagonismo entre las *titularidades* y las *provisiones*. Las titularidades son los medios de acceso definidos socialmente (por ejemplo, los derechos básicos) y que, como los billetes o los tickets, permiten entrar en algún sitio; las provisiones son las cosas, los bienes y los servicios, de los que las personas son titulares. La Revolución francesa, por ejemplo, fue una revolución de titularidades, mientras que la Revolución industrial lo fue de provisiones, pues

contribuyó a que aumentaran los bienes y los servicios disponibles. El modelo de sociedad liberal en el que Dahrendorf se inspira se basa en ofrecer a todos las más amplias *oportunidades vitales*, concepto este último que viene a suponer una combinación de titularidades y de provisiones.

La evolución del conflicto en las sociedades modernas habría discurrido, en su opinión, en el sentido de que las diferencias conciernen hoy en día básicamente a las provisiones, y no a las titularidades. En las sociedades desarrolladas del presente existen profundas desigualdades de riqueza, pero una igualdad fundamental en las titularidades; los derechos de ciudadanía son casi generales y se ha constituido una clase mayoritaria, que es responsable en buena medida de la tendencia a la individualización del conflicto que caracteriza a nuestras sociedades: la movilidad individual ocupa hoy ampliamente el lugar que antaño ocupaba la lucha de clases.

Ahora bien, el hecho de que la lucha de clases tradicional sea cosa del pasado no significa que haya dejado de existir el conflicto. Según Dahrendorf, el conflicto se presenta hoy esencialmente como anomia, como una ruptura en la estructura social que se produce cuando la gente es incapaz de acatar los valores de la sociedad; una prueba de esa situación se encuentra en fenómenos como la enorme cantidad de delitos que se dejan sin castigar, el fraude fiscal, la economía sumergida, el recurso a guardias privados, o la existencia de zonas de las ciudades en las que no se entra. La ley y el orden, la lucha contra la anomia, sería la principal necesidad de las sociedades modernas.

Derecho y cambio social

Formas de entender las relaciones entre el Derecho y el cambio social

El problema de las relaciones entre el Derecho y el cambio social ha recibido tradicionalmente dos respuestas contrapuestas que suelen ejemplificarse [v. Friedmann, 1996] en las concepciones de Savigny (la escuela histórica alemana) y de Bentham (el utilitarismo inglés). El primero pensaba que el Derecho debía seguir, pero no guiar, a la sociedad; mientras que Bentham fue un ferviente partidario de la reforma social a través del Derecho y, de hecho, dedicó parte de su vida a redactar códigos para la Rusia zarista o para las nuevas repúblicas hispanoamericanas. Hoy, la cuestión se plantea en otros términos: se acepta que el Derecho puede contribuir a cambiar la sociedad, pero se sabe también que la posibilidad de introducir cambios en esta forma tiene sus límites. Lo que importa es saber cómo opera el Derecho en cuanto vehículo del cambio social y qué especiales problemas plantea. La sociedad contemporánea es una sociedad en constante transformación, sometida a un intenso ritmo de cambio; una de sus notas definitorias es precisamente la institucionalización y el fomento del cambio y esa institucionalización significa también, inevitablemente, una juridificación del cambio.

Las relaciones entre el Derecho y el cambio social pueden examinarse desde dos perspectivas: los cambios jurídicos producidos por cambios sociales, y los cambios sociales provocados por cambios en el Derecho. Además, ambos fenómenos pueden contemplarse a nivel macroscópico o microscópico.

A lo largo de la historia pueden encontrarse numerosos ejemplos en los que el Derecho ha operado como un factor importante del cambio social: desde la legislación de Solón en la Atenas clásica a las declaraciones de derechos de las revoluciones norteamericana y francesa, inspiradas en el Derecho natural racionalista. Esos cambios jurídicos obviamente no surgen en el vacío, sino que obedecen a causas sociales, pero eso no quita para que, en esos y en otros muchos supuestos, pueda reconocerse en el Derecho una función de anticipación con respecto a las normas y los valores predominantes en la sociedad. La Constitución española de 1978 es un buen ejemplo de esto último: la adhesión a los valores democráticos y el afianzamiento de una cultura de los derechos, que puede considerarse como una característica general de la sociedad española contemporánea, viene a ser, en buena medida, consecuencia de la vigencia de la Constitución.

Cuando se habla de los cambios sociales introducidos por el Derecho suele establecerse una distinción [Dror, 1971] entre cambios directos e indirectos. En general, el Derecho juega siempre un papel indirecto fundamental en el cambio social: así, cuando se establece un órgano público para producir un determinado cambio se utiliza el Derecho para crear dicho órgano, delimitar sus funciones, etc.; el Derecho juega un papel importante en la educación, que es uno de los instrumentos más eficaces de cambio social; el reconocimiento de los derechos de asociación o de expresión contribuye a provocar cambios culturales que, a su vez, se traducirán en cambios sociales, etc. En otras ocasiones, el Derecho desempeña un papel directo (aunque la distinción entre cambios directos e indirectos sea un tanto relativa) en tales cambios; como ejemplo puede servir una ley dirigida a terminar con la discriminación por razón de sexo: al reconocer (y garantizar con medidas eficaces) el derecho de la mujer a recibir el mismo salario que el varón por el mismo trabajo se produce una nivelación en las condiciones de trabajo.

El siglo XX ha conocido varios intentos de introducir cambios generales en la sociedad a través de cambios también de conjunto en el sistema jurídico. Ejemplos de ello pueden verse en lo ocurrido en Turquía en el período de entreguerras, en Rusia tras la revolución soviética o en Japón y en China después de la segunda guerra mundial. En general, puede decirse que esos cambios no son difíciles de lograr en relación con áreas relativamente neutrales como el Derecho de contratos y de obligaciones, pero son mucho más difíciles de establecer cuando tienen que ver con instituciones fundadas en tradiciones y en valores afectivos de gran arraigo como ocurre, por ejemplo, con el Derecho de familia.

El otro aspecto del problema era la repercusión en el Derecho del cambio

social. Todos los clásicos de la sociología del Derecho (Saint-Simon, Comte, Marx, Spencer, Maine, Durkheim, Max Weber...) sostuvieron alguna teoría sobre la evolución social del Derecho cuyo sentido, naturalmente, no siempre es coincidente. Para Marx, por ejemplo, cada modo de producción genera un diferente tipo de Estado y de Derecho; el Derecho moderno de la sociedad capitalista tiene como base la libertad e igualdad de los sujetos, pero en un sentido formal y abstracto, de manera que se trata, en realidad, de un Derecho que refleja y, en cierto modo, genera desigualdad y opresión. Para Max Weber, por el contrario, el desarrollo del Derecho se explica a partir del ideal de la racionalización, que alcanza su punto culminante en las modernas sociedades occidentales; el Derecho moderno se caracteriza concretamente por ser expresión de una racionalidad de tipo formal que él valora en términos esencialmente positivos.

Líneas de desarrollo del Derecho

Dejando a un lado lo que cabría llamar una teoría general de la evolución social del Derecho, tiene interés centrarse en mostrar cuáles son las líneas que caracterizan al Derecho en su desarrollo reciente. En los años sesenta, Friedmann daba cuenta de algunos de los efectos que los cambios sociales habían ejercido sobre las principales instituciones jurídicas. Señalaba que el concepto de propiedad se había ido ampliando gradualmente, y las nuevas ideas sociales habían ido modificando los principios que regían el uso de la propiedad. En materia de contratos, la libre contratación (el tipo ideal de contrato) había sido desplazada por el contrato tipificado, por el convenio colectivo y, en general, por el creciente influjo del Derecho público. El concepto de responsabilidad se había ido ampliando hasta admitir supuestos de responsabilidad sin culpa. En el Derecho penal advertía una tendencia a la relativización de la culpa como consecuencia de las investigaciones psicoanalíticas contemporáneas; cambios en los principios justificadores del castigo; la creación de delitos administrativos o contra el bienestar público, etcétera. El Derecho de familia estaba sufriendo grandes transformaciones: en materia de indisolubilidad del matrimonio, al aumentar cada vez más las causales de divorcio; pero también a propósito del control de natalidad, del aborto, de la inseminación artificial o de la situación de la mujer casada y de los hijos.

Más recientemente, Rehbindler encontraba cinco grandes tendencias en el desarrollo del Derecho de la República Federal de Alemania que pueden hacerse extensibles (con algunas particularidades de detalle) a los sistemas jurídicos de los países industrialmente desarrollados. 1) La tendencia a la unificación del Derecho que puede advertirse, a nivel interestatal, en la existencia de reglamentaciones comunes en materia comercial y, a nivel interno, en la creciente uniformidad en los negocios jurídicos (por ejemplo, contratos tipo). 2) La tendencia a la socialización del Derecho. El modelo de la sociedad postindustrial no es ya el de una expansión cuantitativa, sino cualitativa. Aparece así el deseo de pasar de una igualdad

jurídica puramente formal a una igualdad jurídica material. Esto se manifiesta en el reconocimiento y ampliación de la responsabilidad por riesgo, en la lucha contra la contaminación y por la protección del medio ambiente, o en el desarrollo de la seguridad social. 3) La tendencia al crecimiento de la materia jurídica. El aumento de las funciones del Estado como consecuencia del paso del Estado liberal abstencionista al Estado asistencial, intervencionista, lleva consigo el incremento de la normativa jurídica. Aparecen así nuevas ramas jurídicas como el Derecho del trabajo, el Derecho de la economía o el Derecho de los consumidores. 4) La tendencia a la especialización (que se advierte tanto en la organización de las profesiones jurídicas como en la aparición de nuevas jurisdicciones: contencioso-administrativa, laboral, etc.) y a la burocratización del aparato jurídico. Y 5) la tendencia a la cientificación del Derecho. Los problemas jurídicos exigen, cada vez más, un amplio recurso a conocimientos técnicos y científicos: un importante número de procesos jurídicos los resuelve, de hecho, el informe pericial; y la utilización de la informática y de las nuevas tecnologías ha alterado ya profundamente el funcionamiento y la propia concepción del Derecho.

En la descripción de esas tendencias de desarrollo se nota, sin embargo, un optimismo que no es compartido por autores que consideran el Derecho desde una perspectiva conflictualista. Así, a comienzos de los 80, Boaventura Santos distinguía en el Derecho contemporáneo tres elementos: el retórico, que entendía como la persuasión mediante argumentos; el burocrático, basado en el conocimiento profesional, en la existencia de reglas formales de tipo general y en procedimientos jerárquicamente organizados; y el de la violencia, o sea, el uso y la amenaza de la fuerza física. Según Santos, en los últimos siglos la retórica ha sido en general sustituida por la burocracia y la fuerza; aparentemente, en los últimos tiempos la retórica ha ido ganando terreno, pero ello ha ocurrido en áreas “periféricas”, mientras que la burocracia y la violencia se han ido concentrando en las áreas “centrales”. Santos no es del todo claro en este último punto [Coterrell, 1991], pero lo que parece querer decir podría ilustrarse con este ejemplo: el movimiento hacia la informalización de la justicia que, en principio, supone un aumento del elemento retórico, se circunscribe a ámbitos no decisivos para la reproducción del sistema (Derecho de familia, delitos de escasa trascendencia...) y es compatible con el recurso creciente a las sanciones penales (recuérdese lo que veíamos en el capítulo 1) y con un incremento de la institucionalización jurídica (que se advierte, entre otras cosas, en la tendencia a la burocratización de las profesiones jurídicas).

Por su lado, Juan Ramón Capella [1997] ha descrito la “gran transformación” con la que se resuelve la crisis del Estado intervencionista y asistencial que se produce hacia la mitad de los setenta, en términos casi apocalípticos. Esa gran transformación se caracteriza, en su opinión, por dos grandes fenómenos, estrechamente interdependientes: una mundialización desigual de las relaciones sociales y una nueva revolución industrial. La mundialización impone una nueva estructura de poder en la cual cabe distinguir

dos polos: un soberano privado supraestatal difuso, y un Estado o unas organizaciones estatales (como la Unión Europea) permeables hacia el poder del nuevo soberano. El soberano privado supraestatal está constituido por el poder estratégico conjunto de las grandes compañías transnacionales y de los grandes conglomerados financieros. Esa nueva estructura de poder tiene un significado profundamente antidemocrático, pues el poder del nuevo soberano no pretende legitimarse democráticamente, sino a partir de la ideología de la “eficacia” y de la “modernización”. Pues bien, a este nuevo campo de poder le corresponde un “Derecho dual”, presidido por la idea de la desregulación: en el plano del Derecho de los Estados o de las asociaciones estatales, la desregulación hace que la capacidad de normar se escore hacia la esfera privada, con la consecuencia de que se desplaza el peso de las obligaciones hacia los sujetos más débiles y se libera de cargas y deberes al empresariado y, en general, a los capitales; en el plano de la soberanía privada difusa, el Derecho asume la forma de una nueva *lex mercatoria* metaestatal, establecida y garantizada por los grandes sujetos económicos transnacionales, previamente negociada por grandes gabinetes jurídicos que actúan en numerosos países a la vez. En este nuevo contexto, el Derecho laboral y asistencial se vuelve selvático y los derechos sociales se vacían de contenido; el Derecho penal tiene que soportar fuertes presiones contra el sistema de garantías; surge un nuevo Derecho ecológico para procurar proteger el entorno que, sin embargo, tropieza, entre otras, con la dificultad de que la antigua noción de actor jurídico (el sujeto individual) no es adecuada para la defensa de *intereses difusos*, etc.

Instancias jurídicas del cambio social

En los Estados democráticos, la instancia jurídica encargada fundamentalmente de introducir cambios en el Derecho, que reflejen o guíen el cambio social, es la legislación. Pero la jurisdicción y la administración pueden desempeñar también un papel importante en la transformación social. Aunque los jueces, en general, acepten la ideología de que son “servidores” de la ley —o de la constitución— es obvio que las normas jurídicas —y, más aún, las normas constitucionales— dejan un gran espacio a la interpretación, de manera que es posible introducir cambios en el sistema respetando, al menos aparentemente, las normas establecidas. Otra cosa, naturalmente, es que esos cambios, esas interpretaciones, tengan o no un sentido progresista: un ejemplo que se cita a menudo es la actitud de la Corte Suprema de los Estados Unidos en la época del New Deal; esa institución se opuso (hasta que en 1937, como consecuencia del nombramiento de nuevos magistrados, cambió su orientación) a considerar constitucionales medidas como el contrato colectivo de trabajo, el derecho a la seguridad social o la ley de salario mínimo.

Por lo que se refiere a la Administración y al poder ejecutivo, su capacidad para actuar como agentes del cambio social deriva, en buena medida, de que su función en el Estado contemporáneo no se reduce ni mucho menos a “ejecutar” las

normas establecidas por el legislador, sino que detentan un poder de normación que tiende constantemente a aumentar. Además, la Administración juega casi siempre un papel instrumental cuando se trata de utilizar el Derecho como vehículo para el cambio social; es difícil que se pueda gestionar ese cambio sin crear órganos administrativo con ese cometido.

La producción deliberada de cambios sociales a través del Derecho viene a ser un aspecto de lo que antes se ha llamado eficacia social de las normas jurídicas. Ahora bien, la eficacia social (el que se obtengan los fines sociales previstos) depende de que el contenido de la nueva regulación jurídica sea eficaz (de que se cumplan las normas), pero también de que se produzcan ciertas conexiones causales entre ese cumplimiento y los efectos buscados, lo que en ocasiones puede no suceder. Por ejemplo, una normativa para combatir el desempleo que establece la obligación de realizar cursos de formación para los desempleados puede no tener los efectos previstos, simplemente porque la generación de empleo depende, en buena medida, de factores que no tienen que ver con la capacitación de los trabajadores, sino con el hecho de que las innovaciones tecnológicas hacen que disminuya el tiempo necesario para la producción de bienes y servicios.

De todas formas, parece haber ciertas condiciones que, si se respetan, favorecen que se implanten nuevos modelos de conducta y que éstos sean interiorizados por sus destinatarios. Evans [1981], por ejemplo, señala las siguientes: que la fuente de Derecho utilizada tenga autoridad y prestigio; que la *ratio* de la nueva ley aclare su continuidad y compatibilidad con los valores institucionalizados existentes; que se indiquen modelos que puedan servir de referencia y que resulten aceptados; que se use en la medida adecuada el elemento temporal para superar una potencial resistencia (por ejemplo, la reducción del tiempo reduce al mínimo la posibilidad de que aumente la resistencia al cambio); que los agentes que imponen la aplicación del Derecho acepten el comportamiento exigido por el Derecho, si no interiorizando los nuevos valores, al menos reconociendo su legitimidad; que se empleen sanciones, tanto negativas como positivas, adecuadas para apoyar el Derecho; que se dote de protección eficaz a los derechos y a las personas que resultarían perjudicadas como consecuencia de la evasión o violación de la nueva normativa.

Quizás pueda decirse, como conclusión de todo lo visto en este capítulo, que el análisis de las funciones del Derecho en sus diversos aspectos (que incluye tanto el control como el cambio social, tanto las funciones más generales y abstractas como las más específicas, tanto las funciones en sentido organicista como en sentido matemático) conduce básicamente a una concepción instrumental del Derecho. El Derecho aparece como un mecanismo para lograr ciertas finalidades que pueden ser muy variadas y que no se obtienen simplemente con proponérselo, y ni siquiera logrando que las normas sean eficaces, que sean cumplidas por sus destinatarios. Ese análisis deja fuera la discusión sobre cuáles deben ser los fines del Derecho y cuáles los límites que necesariamente deben respetarse al procurar

alcanzarlos. Deja fuera, en definitiva, la discusión sobre la justicia, a la que se dedicará el próximo capítulo.

Capítulo 7

Derecho, justicia y derechos humanos

El concepto de justicia

La respuesta obvia a la pregunta de cómo debe ser el Derecho consiste en afirmar que éste debe ser justo. La justicia viene a ser, pues, algo así como el valor jurídico por antonomasia; si se quiere, una aplicación de la moral al campo del Derecho. No es, desde luego, el único valor jurídico, pero puede considerarse como un valor de totalidad, de manera que afirmar que un determinado Derecho es justo viene a ser una forma sintética de decir que satisface una serie de valores como la igualdad, la libertad y la seguridad. Estas últimas no son, sin embargo, nociones simples, como vamos a ver.

Justicia e igualdad

La idea de justicia ha ido casi siempre unida a la de igualdad, pero eso no debe llevar a pensar que la “igualdad” se haya entendido siempre de la misma manera. Aristóteles, por ejemplo, fue un decidido defensor de la esclavitud (según él, había hombres que eran esclavos *por naturaleza*), pero identificaba la justicia con la igualdad. A él se debe una distinción que tuvo una gran fortuna histórica, entre justicia distributiva y justicia conmutativa, y que se basa en dos maneras distintas de entender la igualdad: como proporción geométrica y como proporción aritmética. La justicia que tiene lugar en la *distribución* de los honores y de las demás cosas que el Estado puede dividir entre los ciudadanos, teniendo en cuenta el mérito, el valor, el rango, etcétera (de manera que el trato entre uno y otro de esos ciudadanos puede ser igual o desigual), es la *justicia distributiva*. Mientras que la justicia a través de la cual se da a cada uno en igual medida la llama Aristóteles justicia sinalagmática, y la tradición escolástica medieval [v. Fassó, 1978] *conmutativa*. Esta última puede dividirse, a su vez, en voluntaria e involuntaria, según se aplique a relaciones que derivan de contratos (igualdad o equivalencia, por ejemplo, entre lo que se da y lo que se recibe) o a relaciones que sean producto de actos ilícitos (equivalencia o proporción entre el delito y la pena).

Hasta la época moderna, y especialmente hasta las revoluciones americana y francesa, la idea de igualdad no puede separarse del contexto de un mundo organizado estamentalmente. Es una igualdad relativa a las desigualdades de las posiciones sociales que ocupan los sujetos. El cambio en esta concepción, el origen de la idea de igualdad en el sentido que hoy le atribuimos, proviene del Renacimiento y se vincula con tres acontecimientos de una enorme significación para la historia de la cultura occidental [v. Kristol, 1974]. Uno es el surgimiento de

las nuevas ciencias experimentales —como la astronomía y la física— que niegan la superioridad del espíritu sobre la materia y elaboran leyes válidas para los fenómenos terrestres y celestes, los cuales resultan de esta manera “nivelados”. Otro es la reforma protestante; Lutero niega las diferencias entre la autoridad eclesiástica y los seglares. Y el tercero es la aparición de la burguesía y del modo de producción burgués o capitalista que, como hemos visto, exige la igualación de los individuos, aunque sólo sea en un plano formal y abstracto; por eso, en el mundo moderno será la burguesía la que canalice la ideología de los derechos humanos.

La igualdad puede considerarse, en términos generales, como un tipo de relación que se da entre dos o más seres a propósito de una o de varias circunstancias. Es importante distinguir entre dos nociones básicas de igualdad: la igualdad de características y la igualdad de trato. La primera hace referencia a una cuestión de hecho: A y B son iguales si comparten una serie de características: x, y, z. Se trata de un concepto relacional, puesto que la igualdad entre dos o más seres (personas o cosas) depende de las características en que basemos la comparación. Por ejemplo, el enunciado “todos los hombres son iguales” carecería de sentido —o sería manifiestamente falso— si la referencia a la igualdad se interpretara de manera absoluta, pues siempre habrá algún aspecto en el que dos hombres difieran entre sí; mientras que, interpretado de manera relativa, lo que expresa es que las características comunes de los hombres son más numerosas (o más sobresalientes) que las divergentes. La igualdad de trato, por el contrario, es una noción normativa: significa que dos seres (A y B) *deben ser* tratados (por ejemplo, por el Derecho) de la misma manera, siempre o en determinadas circunstancias.

Ambos sentidos de igualdad son conceptualmente independientes: es posible que dos seres deban ser tratados igual, aunque, de hecho, sean diferentes; o a la inversa. Pero normalmente aceptamos que existe cierta conexión entre la igualdad de trato y la igualdad de características: la exigencia de que los hombres deben ser tratados de manera igual suele basarse en la idea de que son iguales con respecto a determinadas características consideradas esenciales. También supone una combinación de estas dos nociones de igualdad una famosa definición de justicia formulada por Perelman en los años 50 [Perelman, 1964]. Según él, desde un punto de vista formal, la justicia consiste en “tratar igual a los seres pertenecientes a la misma categoría”. Pero esta regla de justicia por sí misma es vacía, de manera que debe ir acompañada de algún criterio material que permita establecer cuándo dos seres pertenecen a la misma categoría y, en consecuencia, cuándo deben ser tratados de igual manera. La respuesta, en su opinión, la encontramos en una serie de criterios, cada uno de los cuales define un tipo de sociedad o de ideología. Por ejemplo, “a cada uno lo mismo”, que vendría a ser el principio de justicia característico de una sociedad anarquista extrema; “a cada uno según lo atribuido por la ley”, que definiría una sociedad conservadora (que identifica la justicia con el Derecho); “a cada uno según su rango”, que se correspondería con una sociedad de tipo esclavista o estamental; “a cada uno según sus méritos o su capacidad”, que vendría a ser el principio inspirador de las

sociedades capitalistas basadas en la libre competencia económica; “a cada uno según su trabajo”, que sería el principio de justicia de la sociedad socialista; y “a cada uno según sus necesidades”, que es la noción de justicia de las sociedades comunistas y que puede encontrarse formulada tanto en la obra de Marx como en algunos pasajes evangélicos.

Otra distinción importante, interna también a la justicia distributiva, se refiere a dos formas de entender lo que significa distribuir algo igualitariamente. Pues, en efecto, una cosa es establecer una regla igualitaria en cuanto al proceso o a la forma de distribuir; y otra cosa es que esa regla produzca de hecho un resultado igualitario. El establecimiento, por ejemplo, de una tasa igual para todos (pongamos, para todos los estudiantes que cursan una misma materia, o para todos los que consumen un mismo producto) es un ejemplo de regla igualitaria en cuanto al proceso de la distribución que, sin embargo, produce resultados desiguales, puesto que el punto de partida de los individuos es distinto y una misma cantidad de dinero puede resultar insignificante para algunos y enormemente gravosa para otros. Por el contrario, la imposición progresiva es un ejemplo en el que la utilización de una regla desigualitaria en el proceso de la distribución de una carga está dirigida a lograr una cierta igualdad en cuanto al resultado.

En las constituciones de los sistemas jurídicos desarrollados suelen encontrarse tres nociones de igualdad que constituyen valores básicos de nuestras sociedades: la igualdad política, la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley o a través de la ley. La igualdad política se refiere básicamente al reparto o a la distribución del poder político en una sociedad y puede entenderse de dos formas distintas, aunque las constituciones de los Estados democráticos sólo consagran plenamente la primera de ellas. Se trata, en realidad, de una aplicación de la anterior distinción a propósito de la igualdad en la distribución: pues una cosa es que exista igualdad en los procesos para elegir a quienes hayan de detentar el poder (igualdad tanto para elegir como para ser elegido), y otra que el poder político esté repartido por igual, que se produzca una igualdad en cuanto al resultado. El sufragio universal es obviamente un ejemplo de regla igualitaria desde el punto de vista del procedimiento, pero parece también obvio que no produce el resultado de que el poder político esté, de hecho, repartido en forma igualitaria. Es cierto que la utilización de reglas que no son igualitarias desde el punto de vista del proceso de la distribución (el sufragio censitario u otros procedimientos no democráticos de elección) produce resultados aún más desiguales. Pero el hecho es que, también en las democracias, el poder político es detentado por una pequeña parte de la población, si bien no hay que infravalorar tampoco la influencia que sobre el mismo ejerce la opinión pública.

Un aspecto importante de la igualdad política se refiere a la igualdad para participar en la producción de las normas jurídicas, de las leyes; por eso puede considerarse a la ley (a la ley de origen democrático) como expresión de la

voluntad general. Pero ese sentido de igualdad es distinto de la igualdad ante la ley. Esta última noción expresa la exigencia de que la ley no trate de manera diferente a quienes viven bajo un mismo sistema jurídico, lo cual supone que las normas jurídicas deben, al menos en principio, ser generales (deben tener como destinatarios a todos los individuos de una clase) y aplicarse de manera no arbitraria, de manera que los casos iguales se resuelvan de la misma forma. Ahora bien, además de esta exigencia de tipo formal (que las normas sean generales y que se apliquen de manera correcta), el principio de igualdad ante la ley supone también un límite de carácter material, pues prohíbe que se pueda discriminar (o tratar en forma desigual) por circunstancias como el sexo, la raza o la religión. En definitiva, el principio de igualdad ante la ley (o, dicho en términos negativos, el de no discriminación) no supone que todos deban ser tratados en cualquier circunstancia del mismo modo, sino que hay ciertas características que en principio no pueden utilizarse para establecer diferencias de trato entre la gente.

Cuando se habla de igualdad “en” la ley o de que la igualdad debe ser “real y efectiva” se está apuntando a una noción de igualdad distinta a las dos anteriores. Lo que se pretende con ello es señalar que las leyes (el Derecho) deben estar diseñadas de manera que su aplicación produzca resultados igualitarios en cuanto a las condiciones de vida de los ciudadanos. Ahora bien, dado que las características de base de los individuos y de los grupos a los que la ley se dirige son desiguales, esa noción o ese principio lleva en ocasiones a justificar medidas que pueden suponer ir en contra del principio de igualdad de trato abstractamente considerado y, en el fondo, en contra de la igualdad ante la ley. Esto es lo que ocurre en los supuestos de la llamada “discriminación inversa” (o “acción afirmativa”) en los que un individuo perteneciente a una determinada categoría que se considera socialmente relegada (una mujer, una persona de raza negra) es tratado mejor que otro individuo que no pertenezca al grupo desfavorecido, de manera que, por ejemplo, a la mujer se le otorga una ventaja respecto del varón a la hora de cubrir un determinado puesto de trabajo, y al estudiante de raza negra se le admite en tal universidad, aunque sus calificaciones académicas sean inferiores a las de otros candidatos excluidos no pertenecientes a esa raza.

Justicia y libertad

La noción de libertad es también extremadamente compleja. Su significado actual proviene del mundo moderno. Durante la Antigüedad y la Edad Media, el hombre libre es el no esclavo o no siervo, es decir, la libertad define un cierto estatus social, no la condición de hombre. Con el “tránsito a la modernidad” [Peces Barba, 1982] se produce una serie de hechos paralelos a los que habíamos visto con respecto a la igualdad: el funcionamiento del mercado exige no sólo igualdad, sino también libertad para contratar, para desplazarse de un sitio a otro, etcétera; el desarrollo de la ciencia sólo es posible en un clima de amplias posibilidades para la libertad de expresión y para la crítica de las ideas heredadas; y uno de los puntos centrales de la nueva teología luterana es la libre interpretación de las Escrituras.

En nuestros ordenamientos jurídicos —particularmente, en el nivel constitucional— pueden encontrarse dos o tres nociones diferentes (pero no totalmente desconectadas entre sí) de libertad. Una es la libertad como facultad de hacer o no hacer determinadas acciones sin ser obstaculizado por los demás. Se habla entonces de *libertad negativa*, pues la obligación de los no titulares de la libertad, incluido el Estado, consiste en no hacer, en no intervenir en ciertas esferas de actuación de los individuos (o de los grupos). El Estado sólo deberá intervenir, excepcionalmente, para reprimir comportamientos de otros miembros de la sociedad que vayan contra el ejercicio de tales libertades, y viene a cumplir así una doble función: *garantista* con respecto a los titulares de las libertades, y *represiva* en relación con aquellos que pudieran pretender impedir tal ejercicio. La libertad religiosa, la libertad de expresión, de reunión, de manifestación, etc., son ejemplos de libertades negativas.

Ahora bien, esa noción de libertad responde a una concepción “liberal” que se basa en la idea de que los hombres son libres en cuanto no están sometidos a normas: cuantas menos sean las normas jurídicas (menor la intervención del Estado), más numerosas y más amplias serán las esferas en las que el individuo goce de libertad. Pero la libertad se puede entender también de una manera distinta. Se puede pensar que libre no es quien no se ve coaccionado por los demás en su actuación, sino quien no tiene que obedecer otras normas que las que él mismo se ha impuesto. Se trata ahora de una noción política de libertad que implica —en el contexto del Estado representativo moderno— el poder para participar en la designación y en el eventual control de los gobernantes y en la elaboración de las leyes. Por contraste con la concepción liberal, se suele decir que ésta es una concepción democrática y positiva de la libertad que hace hincapié, no en la idea de abstención, sino en la de participación.

En fin, hay una tercera noción de libertad, la *libertad material o real*, según la cual se es libre si se tiene (y en la medida en que se tiene) capacidad real para actuar en cierto sentido. La idea es que las anteriores nociones de libertad están dadas en un plano abstracto o formal, de manera que cabe que alguien tenga libertad de expresión, aunque, de hecho, no pueda ejercerla (por ejemplo, si es analfabeto), o que tenga libertad para votar, pero que ello no suponga una participación efectiva en la vida política (si lo único que puede hacer es elegir entre dos candidatos o dos listas que no representan una verdadera alternativa política). La exigencia que expresa la idea de la libertad material se traduce en que el Estado debe poner los medios que permitan al individuo y a los grupos dotar de contenido a las otras libertades: por ejemplo, debe asegurar la educación de la gente, debe dar facilidades y establecer incentivos para que todos los intereses sociales cuenten en el proceso de formación de la voluntad política, etc.

Se ha discutido mucho sobre si estos tres tipos de libertad son compatibles entre sí. En relación con los dos primeros, lo que cabe decir es que, desde el punto de vista conceptual, no sólo no parece haber incompatibilidad sino que, en muchos

aspectos, las libertades negativas y las libertades políticas son interdependientes: la libertad de voto, por ejemplo, es incomprensible (resultaría adulterada) si no se diera en un contexto en el que existe también libertad de expresión. Desde luego, es posible que un sistema jurídico reconozca muchas o algunas libertades negativas sin que haya libertad política (por ejemplo, en el “despotismo ilustrado”) pero, en general, los dos tipos de libertad van unidos: donde hay mayor libertad política es allí donde existe también mayor cantidad de libertad negativa, y viceversa. Y, por lo que se refiere a la relación entre estos dos tipos de libertad y la libertad material, lo que puede decirse es que la libertad entendida como capacidad no interfiere en realidad con las anteriores libertades, sino con las condiciones para su ejercicio. Por ejemplo, el director de un periódico que no publica un artículo que le envío no atenta contra mi libertad de expresión, sino que, sencillamente, limita mi capacidad para ejercer tal libertad. Y el establecimiento de impuestos o la intervención del Estado en la economía no atenta contra la libertad económica de los particulares —como sostienen los neoliberales de hoy— sino que, sencillamente, limita la capacidad de ciertos ciudadanos para ejercer esa libertad; como dice Laporta [1983], la única libertad que coarta un impuesto es la acción de no pagarlo. Naturalmente, una cosa es que en términos conceptuales no exista contraposición, y otra cosa que podamos de hecho separar esas distintas nociones o esos diversos aspectos de la idea de libertad; así, parece bastante razonable pensar que sin una efectiva capacidad para poder realizarlas, las libertades negativas o positivas dejan de ser valores estimables.

Justicia y seguridad jurídica

La seguridad jurídica puede entenderse, en un sentido muy amplio, como la seguridad que nos proporciona el Derecho de prever, hasta cierto punto, la conducta humana y las consecuencias de dicha conducta. Esta capacidad de previsión no es sólo limitada, sino también variable —es decir, todos los sistemas jurídicos no ofrecen la misma seguridad jurídica—, lo cual nos va a permitir distinguir entre tres niveles de seguridad: orden, certeza y seguridad en sentido estricto.

El nivel del orden significa que el Derecho debe lograr un mínimo de previsibilidad, de saber a qué atenerse. De no ser así, esto es, si en general las normas no se aplicaran de forma regular a los supuestos que ellas mismas regulan, entonces ni siquiera tendría sentido decir que existe un sistema normativo. La producción de un orden, en este sentido mínimo, es una característica que el Derecho comparte con otros sistemas de control social, como la moral, las costumbres o los usos sociales.

Sin embargo, el Derecho se distingue de otras formas de ordenación de la conducta porque alcanza —en especial el Derecho moderno— un alto grado de previsibilidad que cabe llamar *certeza* jurídica. En comparación, por ejemplo, con las normas morales —de moral social—, las normas jurídicas son mucho más

precisas y, además, su cumplimiento está *asegurado* por el respaldo coactivo que le presta el Estado. La certeza del Derecho es, sin embargo, variable: menor en los sistemas poco evolucionados (que, en el límite, tienden a confundirse con la moral) y mayor en los sistemas jurídicos desarrollados que Hart caracterizaba, según vimos, por la presencia en los mismos de normas secundarias. Estas normas secundarias cumplirían una función de *certeza*, que se añade a la función de *orden* de las normas primarias. Así, la regla de reconocimiento permite saber cuándo una norma pertenece al sistema. Las normas de cambio, cuándo y cómo se puede modificar una norma del sistema, de manera que una operación necesaria en los ordenamientos desarrollados se vuelve así menos incierta. Y las normas de aplicación o de juicio vienen a ser la garantía de que los derechos y las obligaciones estipulados por las normas jurídicas se van a cumplir.

En el contexto del Estado moderno —del Estado de Derecho— las exigencias de certeza jurídica se concretan en una serie de principios (que en muy amplia medida viene a coincidir con lo que Fuller llamaba “moralidad interna” del Derecho) que suelen estar recogidos en las constituciones y en otras normas básicas de los ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, el principio de legalidad que supone, entre otras cosas, que la Administración está sometida a la ley y que los delitos sólo pueden crearse por ley. El de que las normas jurídicas obligan incluso a aquellos que las ignoran. El de jerarquía normativa, que supone la prevalencia, en caso de conflicto, de las normas superiores sobre las inferiores. El de cosa juzgada, o sea, el de que las decisiones de los órganos supremos son definitivas y sobre ellas no cabe volver a decidir. El de irretroactividad, según el cual, las normas jurídicas, salvo supuestos excepcionales, no se aplican a situaciones del pasado. El de respeto a los derechos adquiridos. El de inexcusabilidad de decidir por parte de los jueces. El de publicidad de las leyes. El de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. O el de prohibición de interpretación analógica en algunos sectores como el Derecho penal y, en general, el Derecho sancionador.

Por *seguridad jurídica en sentido estricto* habría que entender la capacidad de un determinado ordenamiento jurídico para hacer previsibles, seguros, los otros valores, esto es, la igualdad y la libertad. La seguridad jurídica vendría a ser entonces un valor adjetivo con respecto a los otros, de manera que la justicia podría definirse como la seguridad de que el Derecho nos proporciona un máximo de libertad y de igualdad. El sentido de los principios de certeza jurídica que antes veíamos es precisamente el de garantizar a *todos* los individuos (de ahí su carácter igualitario) el goce de las libertades reconocidas por el Derecho. Así entendida, la seguridad jurídica no es obviamente un valor que remita a una ideología de tipo conservador. El uso conservador de la seguridad jurídica se produce cuando este valor se separa de los otros y se esgrime, ideológicamente, para justificar interpretaciones de las normas jurídicas que no tienen en cuenta los fines que éstas tratan de lograr ni los valores que han de proteger. El personaje de Shylock, en *El mercader de Venecia*, es un ejemplo —si se quiere, una caricatura— de esa actitud formalista hacia el Derecho que pretende justificar lo que de otra forma sería

injustificable apelando a la necesidad de seguridad jurídica, de interpretar de manera estricta, abusivamente literal, las normas; la figura del “abuso de derecho” —de la que Shylock es ejemplo paradigmático— es un mecanismo ideado precisamente para combatir los excesos del formalismo. En la obra de Shakespeare, la pretensión de Shylock de cobrarse —pues así se había establecido en el contrato— una libra de la carne de Antonio (el mercader), dado que éste no había cumplido con su obligación de devolver en el tiempo fijado la suma de dinero que aquél le había prestado, resulta desbaratada por el ingenio del juez: “Este pagaré no te concede una gota de sangre. Las palabras formales son éstas: *una libra de carne*. Toma, pues, lo que te concede el documento: toma tu libra de carne. Pero si al cortarla te ocurre verter una gota de sangre cristiana, tus tierras y tus bienes, según las leyes de Venecia, serán confiscadas.” Pero en la práctica y en la teoría del Derecho uno tiene la impresión de que no pocas veces lo que prevalece son actitudes más o menos parangonables a la de Shylock.

Como se ve, el concepto de justicia es extremadamente complejo, pues sus principales componentes —la igualdad, la libertad y la seguridad— pueden entenderse de diversas formas o presentan facetas distintas que no siempre es fácil armonizar. Con todo, una consecuencia interesante que se puede extraer de los análisis anteriores es que los conflictos entre esos valores no deberían contemplarse en un plano puramente abstracto, sino más bien como conflictos entre las diversas maneras de entender la igualdad, la libertad, la seguridad y, en consecuencia, la justicia.

Concepciones de la justicia

Introducción

“Moral” y “ética” son términos que se usan como sinónimos en muchas ocasiones, pero no en todas. Por ejemplo, a veces se distingue entre la moral, considerada como un conjunto de normas y de valores (bien se trate de la moral social o de la moral crítica), y la ética, que vendría a ser el estudio de la moral, la ciencia de la moral. Se trata, pues, de una distinción paralela a la que anteriormente vimos entre el Derecho y la ciencia del Derecho. Pues bien, dentro de la ética, a su vez, se suelen distinguir tres niveles de análisis. Uno es el de la *ética descriptiva*, que consiste en señalar, en describir, cuáles son esas normas y valores morales, cómo evolucionan en las sociedades y en los individuos, etc. El de la *ética normativa o prescriptiva* lleva a establecer o a proponer criterios sobre lo que se debe considerar moral. Y el de la *metaética* o la *ética teórica* implica analizar los conceptos morales, establecer distinciones, formular clasificaciones, etc.; por ejemplo, las consideraciones que se acaban de hacer a propósito de la noción de justicia se sitúan básicamente en este tercer nivel. Pues bien, dado que la justicia la hemos entendido como una aplicación a (o especificación de) la moral al campo del Derecho, la anterior clasificación de discursos sobre la moral la podemos utilizar también aquí y distinguir, a propósito de la justicia, entre un discurso descriptivo,

otro normativo y otro de carácter puramente teórico.

Las concepciones de la justicia de las que nos vamos a ocupar muy brevemente (el iusnaturalismo, el kantismo, el utilitarismo...) tienen un claro componente prescriptivo; formulan criterios sobre qué debe considerarse justo y, por tanto, sobre cómo debe ser el Derecho. Pero eso no quiere decir que en las mismas no se encuentren también elementos de tipo descriptivo y, por supuesto, análisis de naturaleza puramente conceptual. La distinción entre esos tres niveles de discurso es, sin duda, de gran utilidad, pero no debe llevar a una separación tajante que obligue al que reflexiona sobre la justicia a situarse exclusivamente en uno de los tres.

Así, los análisis de tipo descriptivo pueden suministrar apoyos importantes a concepciones normativas de la ética. Por ejemplo, Kohlberg [v. Rubio Carracedo, 1989] ha sostenido que la génesis del desarrollo moral de los individuos atraviesa tres niveles (preconvencional, convencional y postconvencional), en cada uno de los cuales distingue a su vez dos estadios. Esto no quiere decir, por cierto, que todos los individuos evolucionen hasta el último estadio del nivel postconvencional (al parecer, son pocos los individuos que llegan a ese último nivel), sino que los estadios tienen un carácter universal (se aplican a todos los individuos) y son irreversibles, esto es, expresan una secuencia lógica: los sujetos sólo comprenden el razonamiento moral del propio estadio y de los estadios inferiores. Para hacerse una idea. El estadio 1 del nivel preconvencional se caracteriza porque lo correcto se identifica con la idea de obediencia, y se obedece únicamente en orden a evitar el castigo; los intereses de los otros individuos no cuentan, salvo en lo que puedan afectar al propio bienestar. Y lo que (al final de una evolución que pasa por el nivel convencional en el que las expectativas de los otros se vuelven más importantes y lo correcto viene a identificarse con seguir las convenciones establecidas) caracteriza al último estadio del nivel postconvencional es la conciencia de que existen principios éticos universales que deben seguirse y que tienen prioridad sobre todas las obligaciones jurídicas e institucionales; hacer lo correcto significa aquí actuar de acuerdo con esos principios, y se hace lo correcto porque, en cuanto ser racional, el individuo capta la validez de esos principios y se siente comprometido a seguirlos. De manera que la culminación del desarrollo moral individual viene a coincidir —si Kohlberg tiene razón— con la moral de tipo kantiano, que se basa en el respeto a las demás personas como fines en sí mismas.

Por su parte, el análisis metaético nos ayuda —o debería ayudarnos— a entender mejor y a formular los criterios de ética prescriptiva. Por ejemplo, mostrando cuáles son las entidades de las que se puede predicar la justicia, o efectuando clasificaciones de las teorías de la justicia que ayuden a ver mejor las analogías y las diferencias que existen entre ellas.

El predicado “justo” se puede referir, en efecto, a diversas entidades: actos,

normas, instituciones o agentes. Un acto como el del juez al dictar sentencia se dice a veces que es justo si resulta de la aplicación *correcta* (no sesgada) de una o varias normas previamente establecidas; en eso consistía básicamente lo que Weber llamaba la racionalidad formal del Derecho moderno. Sin embargo, ésa es una noción de justicia que no resulta enteramente satisfactoria. No lo resulta, porque en ocasiones no parece bastar con que la aplicación sea correcta en ese sentido formal o procedimental. Como las normas suelen estar formuladas de manera abstracta, es posible que al aplicarse sin más a un caso concreto se produzca un resultado injusto, simplemente porque el autor de las normas no pudo, o no supo, tener en cuenta ciertas características singulares que aparecen en ese caso. Para evitarlo, se acude a la *equidad*, que puede definirse como la justicia del caso concreto; la aplicación equitativa de una norma supone un ajuste de la misma —a través de una interpretación que hasta cierto punto modifica la norma— para amoldarla a las circunstancias de la situación.

Pero además, sólo cabe hablar en sentido pleno de justicia en la aplicación de una norma si esa norma en sí misma considerada es justa; en otro caso, la aplicación correcta (“justa”) de una norma injusta sólo puede producir injusticia. De manera que la justicia de las normas o de las instituciones (que, simplificando las cosas, podemos considerar aquí como conjuntos de normas) tiene cierta prioridad sobre la justicia en la aplicación de esas normas. Y, a su vez, una de las formas de contestar a la cuestión de cuándo una norma o una institución son justas consiste en acudir a la noción de agente justo: por ejemplo, algunos autores iusnaturalistas sostuvieron (y sostienen) que los principios del Derecho natural son los que derivan de Dios; y el contractualismo (que es quizás la concepción de la justicia más característica de la modernidad) viene a decir que justas son las normas que pueden verse como el resultado de un acuerdo real o hipotético al que llega una comunidad de seres.

Hay muchas maneras de clasificar las teorías de la justicia. Una muy usual (a veces se la llama “la gran división”) es la que lleva a distinguir entre teorías cognoscitivistas y no cognoscitivistas. Los autores cognoscitivistas son aquellos que piensan que los valores —la justicia— son cualidades inherentes a las cosas o a las acciones y que, en consecuencia, se puede conocer en qué consiste la justicia. Según el tipo de conocimiento de que se trate suelen subclasificarse estas teorías en naturalistas e intuicionistas. Los naturalistas estiman que existen principios morales que pueden ser considerados como verdaderos (y que pueden ser conocidos) porque reflejan la naturaleza, entendida en términos empíricos o metafísicos. Una de esas concepciones es la iusnaturalista (en sus diversas modalidades). Y otra el utilitarismo; para Bentham, por ejemplo, justo es lo que proporciona la mayor felicidad para el mayor número, de manera que, por ejemplo, el enunciado “la norma N es justa” será verdadero si efectivamente N proporciona la mayor felicidad al mayor número (de igual manera que, para un iusnaturalista, el mismo enunciado es verdadero si la norma N refleja la naturaleza). Para los intuicionistas, el criterio de verdad es obviamente la intuición

que, a su vez, puede entenderse de diversas formas: como intuición moral, como intuición religiosa o como intuición racional (en este último apartado podría incluirse, por ejemplo, a Kant).

Las teorías no cognoscitivistas sostienen, por el contrario, que no cabe propiamente conocimiento de los valores (de la justicia) y que, en consecuencia, los juicios valorativos no pueden ser calificados como verdaderos o falsos. Algunos dirán que los juicios morales son simplemente prescripciones, esto es, guías para la acción que presentan determinadas características. Y otros, que cumplen una función simplemente emotiva, consistente en suscitar ciertas emociones. Muchos positivistas jurídicos del siglo XX (pero no todos) sostuvieron una concepción emotivista a propósito de la moral: por ejemplo, Kelsen consideró a la justicia como “un ideal irracional”; y Ross, en frase lapidaria, escribió que “hablar sobre la justicia es como dar un puñetazo sobre la mesa”, un ejercicio de irracionalidad que, además, impide que ciertos problemas (o aspectos de los mismos) puedan discutirse racionalmente.

Veamos ahora, de una manera muy sintética y necesariamente incompleta, cuáles son los rasgos principales que pueden encontrarse en las concepciones de la justicia que de alguna forma tienen vigencia en nuestros días, procurando también señalar cuáles son las principales críticas que se suelen dirigir a cada una de ellas. Se seguirá para ello un orden aproximadamente cronológico y que, inevitablemente, ha de empezar con el iusnaturalismo.

La concepción iusnaturalista

No es fácil caracterizar a una concepción como la iusnaturalista que se remonta a la Antigüedad clásica y agrupa, a lo largo de unos 25 siglos, a una buena cantidad de autores muchas veces enfrentados entre sí: piénsese, por ejemplo, en Platón frente a Aristóteles (o a ambos frente a los sofistas); a Tomás de Aquino frente a los voluntaristas medievales; o al iusnaturalismo de corte escolástico frente al Derecho natural racionalista de Hobbes, de Locke o de Rousseau. En realidad, lo que tienen en común todos los autores a los que cabe llamar iusnaturalistas son rasgos de carácter muy abstracto y que no tienen que ver con el contenido de la justicia. Básicamente, parecen ser éstos: 1) lo justo se identifica con una serie de principios, más o menos amplios según el autor o escuela de que se trate, que derivan de la naturaleza (como quiera que ésta se entienda) y que son cognoscibles por el hombre (aunque se hayan propuesto formas muy distintas de conocimiento); 2) estos principios son verdaderos en la medida en que describen fidedignamente la naturaleza, y 3) cuando menos, uno de tales principios tiene carácter inmutable y universal, pues la naturaleza, en sus rasgos esenciales, es aquello que no cambia ni en el tiempo ni en el espacio.

Desde un punto de vista teórico, esa concepción resulta notablemente débil. Como ha escrito Bobbio [1966], el concepto de “naturaleza” carece de toda

precisión y se ha interpretado de todas las maneras imaginables; no hay un medio de conocimiento medianamente seguro al que quepa acudir para descubrir en qué consiste lo natural; aunque existiera ese método, no podría pasarse —sin cometer una falacia lógica: la “falacia naturalista”— de afirmar “X es natural” a “X es justo”, pues el primero es un enunciado descriptivo y el segundo tiene un carácter normativo o valorativo; y los autores iusnaturalistas no han encontrado ningún principio que pueda considerarse como universal e inmutable, fuera de tautologías como “se debe hacer el bien y evitar el mal” o “dar a cada uno lo suyo”. Sin embargo, lo que desde una perspectiva es una debilidad, visto desde otra resulta una gran ventaja: la enorme plasticidad del concepto de “naturaleza” y la emotividad fuertemente positiva que lleva aparejado explican que, a lo largo de la historia, la apelación a la naturaleza y al Derecho natural haya podido usarse tanto para defender el orden establecido (esto parece haber sido lo más usual) como para reformarlo o incluso para modificarlo radicalmente; no cabe olvidar que las revoluciones americana y francesa se hacen en nombre del Derecho natural. Pero esto, a fin de cuentas, tiene un valor más bien explicativo que justificativo: permite entender el atractivo del iusnaturalismo (Ross decía que el Derecho natural había sido “una cortesana a disposición de cualquiera”), pero no da ningún argumento que permita justificar esa concepción. Ahora bien, ¿existe alguno?

Si le formuláramos esta pregunta a un defensor, en nuestros días, del Derecho natural, lo más probable es que nos contestara diciendo que la idea del Derecho natural es la que ha conducido a los derechos del hombre y que esta última noción constituye el núcleo de cualquier concepción estimable de la justicia. ¿Pero tendría razón al argumentar así? La respuesta es que sólo en parte. Habría que darle la razón en cuanto la idea de los derechos humanos tiene, en efecto, un origen iusnaturalista, pero en seguida convendría precisarle que esa progenie no puede atribuirse ni mucho menos al Derecho natural en bloque, sino únicamente a ciertas corrientes del Derecho natural; y que además es muy posible que haya mejores formas de justificar los derechos humanos que basarlos en una noción tan confusa e inmanejable como la de naturaleza. Sin ir más lejos, el darwinismo social o la sociobiología de nuestros días también han acudido a la naturaleza, entendida en términos biológicos, para defender una concepción de la moral bastante alejada de lo que la mayor parte de los iusnaturalistas sostienen hoy en día; esos naturalistas éticos (los partidarios del Derecho natural son más bien “transnaturalistas”, pues suelen defender una concepción no empírica, sino metafísica de la naturaleza) entienden que la moral es un mecanismo más de adaptación, sujeto a la evolución por selección natural, de manera que, según algunos de estos autores, la conducta altruista (moral) de un individuo que se sacrifica en favor de seres próximos (con los que comparte un número alto de genes) se justifica (o se explica) simplemente porque ése es un mecanismo adaptativo que contribuye a la persistencia de esos genes.

A pesar de todo, el iusnaturalismo sigue siendo una concepción de la justicia de gran relevancia práctica, puesto que constituye la base de la ideología

oficial de la Iglesia Católica. El divorcio, el aborto desde el primer momento de la concepción, la utilización prácticamente de todas las técnicas de reproducción humana asistida o la eutanasia serían, según la jerarquía católica, conductas contrarias al Derecho natural. El problema es que la idea de naturaleza que se maneja para llegar a esas conclusiones es, en último término, de carácter religioso, con lo cual la apelación al Derecho natural cumple más que nada la función de bloquear la discusión racional (puesto que se pone una barrera infranqueable a la razón: la fe en la que se basan las premisas últimas del razonamiento).

La concepción de Kant

La concepción de la moral de Kant es el prototipo de teoría deontológica, basada en la idea de que existen ciertos deberes de carácter absoluto, incondicionado. En diversos aspectos, Kant es un autor iusnaturalista que formula una teoría del contrato social y de los derechos innatos (que reduce a uno solo: el derecho a la libertad), pero su obra presenta tantos elementos de originalidad que integra por sí misma todo un paradigma de concepción de la moral.

La libertad, para Kant, no es un objeto que pueda ser conocido por la razón teórica. Constituye (junto con la idea de Dios y de la inmortalidad del alma) una condición o postulado de la razón práctica, que hace posible la moralidad misma: el discurso moral presupone que el hombre es libre en su actuar, pues en otro caso carecerían de sentido conceptos morales como los de deber, culpa o responsabilidad. El fundamento de la moral kantiana no es el hombre como ser empírico, sino como ser racional. El uso práctico de la razón (opuesto al uso teórico: la razón en cuanto tal es una sola) consiste en formular imperativos, esto es, en mostrar cómo se debe obrar. Kant distingue dos tipos de imperativos: los hipotéticos, que ordenan algo como un medio para conseguir un cierto fin (por ejemplo, qué debe hacerse para lograr la felicidad), y los categóricos, que ordenan algo como fin absoluto, sin condición alguna. Solamente estos últimos pueden integrar la moral, porque también solamente de ellos pueden derivarse deberes absolutos universalmente válidos.

Kant ofrece formulaciones distintas del imperativo categórico que, sin embargo, considera como equivalentes. En una de ellas, el imperativo categórico se enuncia así: "Obra sólo según una máxima que puedas querer al mismo tiempo que se torne ley universal." Otra formulación posible sería ésta: "Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio." Y cabe todavía una tercera que se plasma en la idea de la voluntad de todo ser racional como una voluntad universalmente legisladora; según este principio, deben rechazarse "todas las máximas que no puedan compadecerse con la propia legislación universal de la voluntad"; es decir, la voluntad sólo está sometida a las leyes de la que ella misma pueda considerarse autora. En definitiva, el imperativo categórico recoge tanto el principio de universalidad como el de dignidad de la

persona y el de autonomía o libertad de la voluntad.

La moral kantiana se caracteriza por ser *formal*, pues no prescribe ningún contenido ético, sino que indica meramente la forma, las condiciones formales de la moralidad; *a priori*, esto es, independiente de la experiencia: actuar moralmente significa, necesariamente, actuar por el propio respeto al deber, no por motivos empíricos; *autónoma*, en cuanto proviene de la propia conciencia del sujeto racional, no de instancias externas; *universalista*, en el sentido de que sus principios valen para todos los sujetos racionales sin excepción y en cualquier ocasión espaciotemporal; y *unívoca*, pues debe permitir a cualquier agente racional llegar a las mismas conclusiones respecto a qué normas o actos en concreto son morales.

Sin duda, esa concepción encarna uno de los modelos éticos fundamentales del mundo moderno. Se le ha reprochado su rigorismo, su frialdad, su abstracción, su individualismo metodológico... y es posible que haya en ello alguna razón. Pero parece por otro lado difícil sustraerse a la idea de que una moral justificada (y, por lo tanto, los derechos humanos) pueda basarse en unos principios que no sean los de universalidad, dignidad y autonomía que recoge el imperativo categórico. De hecho, dos de las teorías de la justicia más influyentes en las últimas décadas y de las que en seguida se dirá algo, la justicia como imparcialidad de J. Rawls y la ética discursiva de J. Habermas, tienen una impronta fuertemente kantiana.

El utilitarismo

El utilitarismo viene a ser, en muchos aspectos, la contrafigura del kantismo. Se trata de una concepción consecuencialista de la ética, según la cual se debe hacer aquello que tenga las mejores consecuencias. Se opone, por tanto, a una concepción deontológica como la de Kant que defiende la obligación de cumplir ciertas normas (de actuar movidos por el deber mismo), incluso en el caso de que transgredirlas tuviera buenas consecuencias; es famoso un escrito de Kant justificando que no se debe mentir aunque con ello salváramos la vida de otro hombre (o incluso la propia). Ahora bien, las consecuencias pueden interpretarse de varias maneras, y de ahí que se distingan también diversos tipos de utilitarismos [v. Nino, 1992]. Por ejemplo, hay un utilitarismo hedonista que ve las consecuencias en términos de felicidad (de aumentar el placer y disminuir el dolor), pero también un utilitarismo no hedonista que toma en consideración otro tipo de consecuencias; por ejemplo, se puede pensar que respetar la voluntad de la gente es una buena consecuencia, aunque de hecho no produzca felicidad a nadie (o produzca menos felicidad de la que podría obtenerse si no se respetara). Hay un utilitarismo egoísta que toma sólo en cuenta el placer o la satisfacción de deseos del agente; y un utilitarismo universalista que considera el placer o la satisfacción de las preferencias de todos los miembros del grupo relevante. Hay un utilitarismo positivo que ordena maximizar la felicidad; y otro negativo, que ordena minimizar la miseria, el dolor. Y hay un utilitarismo del acto según el cual, la corrección de las acciones se juzga por las consecuencias que cada una de éstas tenga en cada ocasión particular; y un

utilitarismo de la regla que entiende que la corrección de una acción concreta no se juzga valorando sus consecuencias, sino considerando si cae o no bajo una regla general, de tal manera que las acciones se juzgan por las reglas y son las reglas generales las que se justifican por sus consecuencias. Esta última distinción es muy importante, pues es fácil imaginar supuestos en los que, según se utilice uno u otro criterio, se llega a soluciones opuestas: por ejemplo, un utilitarista de la primera especie (del acto) podría llegar a la conclusión de que, en un determinado caso, está justificado castigar a una persona cuya inocencia se conoce (imaginemos que de esa forma se consigue evitar una grave alteración del orden público), mientras que el utilitarista del segundo tipo (de la regla) es casi seguro que no lo haría, pues él pensaría que la norma que permite castigar a inocentes tiene a la larga malas consecuencias.

La forma más conocida de utilitarismo, el utilitarismo clásico, es el de J. Bentham. A partir del análisis de la naturaleza empírica del hombre, Bentham llega a la conclusión de que el fin del actuar humano es la persecución de la felicidad. De ahí deduce que el valor moral de una acción depende de los efectos que la misma produzca en términos de placer o de dolor. Justo, según su conocida formulación —que aparece, por cierto, muy tardíamente en su obra— es “lo que proporciona la mayor felicidad al mayor número”. De manera que ése es un utilitarismo hedonista, universalista, positivo y del acto.

Una de las críticas más importantes que se han dirigido al utilitarismo es que los problemas de justicia se plantean en términos del monto total de placer, sin tener en cuenta el factor de la distribución. Según el principio de utilidad benthamita, una situación en la que unos pocos disfrutan de una gran cantidad de placer y los más padecen sería tan buena como otra en que la felicidad (la misma cantidad de felicidad) está repartida de manera más igualitaria. A eso va unido el reproche de que el utilitarismo no puede tomar en serio los derechos de los individuos (quizás tenga que ver con eso el que Bentham fuera un cáustico crítico de las declaraciones de derechos de la revolución americana y francesa): como lo que cuenta no son los individuos, sino la cantidad total de placer, un utilitarista tendría que sostener que, al menos en algunos casos, los derechos individuales podrían sacrificarse en beneficio de los intereses colectivos.

Es verdad que estas críticas podrían salvarse (al menos en cierta medida) si se asume un utilitarismo no hedonista y basado en las reglas, como ocurre, por ejemplo, con el de John Stuart Mill. Pero el problema es que entonces no resulta ya muy claro que se pueda distinguir fácilmente el utilitarismo de una concepción de tipo deontológico y, de hecho, hay grandes afinidades entre Mill y Kant.

En cualquier caso, el éxito del utilitarismo en los dos últimos siglos, en el marco de las modernas sociedades industriales, parece derivar, en esencia, de los dos siguientes factores. Por un lado, se trata de una concepción que pretende basar la ética, no en una serie de ideas *a priori*, sino en datos empíricos, con lo cual las

cuestiones de justicia parecen perder mucho de su abstracción para ser contempladas en una perspectiva más concreta y presuntamente científica; a partir del principio de utilidad, los problemas políticos y éticos deberían poder discutirse según procedimientos prácticamente aritméticos: se trataría de “comparar”, “medir”, etcétera. Desafortunadamente, parece claro que el propio principio utilitarista no puede justificarse en términos empíricos. Es más, para llegar a él, a su formulación, parece que habría que cometer el mismo error lógico (la llamada “falacia naturalista”) del que son acusados los iusnaturalistas: de un enunciado descriptivo (los hombres persiguen en su actuar la felicidad) se pasaría a uno prescriptivo (los hombres deben en su actuar perseguir la felicidad). Por otro lado, una concepción que se centra en las consecuencias parece captar un aspecto relevante de nuestras intuiciones morales que queda fuera de una visión de tipo puramente kantiano. Tomemos, por ejemplo, la institución del castigo. Para Kant, el castigo se justifica únicamente como retribución por una mala acción cometida, de manera que las consecuencias que pueda tener el castigo no se toman para nada en consideración. Los utilitaristas, por el contrario, tenderán a justificar el castigo atendiendo a los efectos beneficiosos que pueda producir, es decir, la pena es vista desde la perspectiva de su función preventiva y resocializadora. Como ocurre con muchos otros problemas morales, uno tiene la impresión de que su solución (si es que existe: no es tan obvio que se pueda justificar el castigo) obliga a combinar elementos deontológicos y consecuencialistas. En el consecuencialismo no está seguramente toda la verdad en materia moral, pero no parece posible llegar a soluciones razonables en cuestiones morales dándole la espalda.

Concepciones historicistas de la justicia

Una forma distinta a las anteriores de contestar a la pregunta de qué es la justicia consiste en asumir una perspectiva histórica. Un acto, una norma o una institución, por ejemplo, no podrían calificarse como justos o injustos considerados en abstracto, sino que habría que tener en cuenta el momento en que se produjeron. En definitiva, lo que hoy es justo puede no haberlo sido en el pasado, y viceversa.

Esa manera de pensar esconde con frecuencia un error de fondo que consiste en no distinguir entre la explicación y la justificación de un fenómeno: la esclavitud o incluso los sacrificios humanos que practicaron ciertas culturas tienen indudablemente su explicación, pero de ahí no se sigue que esas instituciones estuviesen justificadas (que fueran prácticas justas) cuando estaban vigentes en la Roma antigua o en el imperio azteca, y que hayan dejado de serlo a partir de un cierto momento del desarrollo histórico. Si así fuera, habría que decir que quienes luchan hoy contra la esclavitud (aún sigue habiendo esclavos en algunas partes del mundo) lo hacen por una causa justa, pero no así Espartaco cuando encabezó en Roma una rebelión de esclavos. Y esto no parece fácil de admitir.

Para sostener que la historia tiene un valor no sólo explicativo, sino

justificativo con respecto a las acciones humanas y a las instituciones sociales, hay que pensar que el devenir histórico no es un proceso ciego, sino que obedece a un cierto plan, a una cierta ley. En el transcurso de los dos últimos siglos ha habido básicamente dos maneras de interpretar esta idea. Una consiste en mirar al pasado para tratar de descubrir ahí la clave y la justificación de lo que debe ser una sociedad, de cómo debe organizarse; es la historia vista como tradición. Y la otra contempla el presente, las sociedades existentes, teniendo en cuenta que la verdadera justicia sólo podrá alcanzarse en algún futuro más o menos lejano (en este mundo o en otro); es la historia vista como progreso. Un ejemplo claro de la primera interpretación se encuentra en la escuela histórica alemana, y de la segunda, en la filosofía hegeliana y en la marxista. Las tres concepciones han ejercido una influencia profunda en el pensamiento jurídico y en la manera de entender la justicia.

La escuela histórica alemana significó una reacción, vinculada al romanticismo, frente al racionalismo ahistoricista del XVIII y a las ideas y a los cambios surgidos con la Revolución francesa. Para su principal representante, F. K. von Savigny, el Derecho es producto del espíritu de un pueblo; es una realidad orgánica que, como el lenguaje, no puede crearse artificialmente. No es el producto de la voluntad de un legislador, ni tampoco de la razón, sino algo que “progresa con el pueblo, se perfecciona con él y por último parece cuando el pueblo ha perdido su carácter”. La justicia del Derecho se encuentra también en esta vinculación orgánica con el “espíritu del pueblo”, y viene a sintetizarse en el principio de que “se debe actuar en conformidad con la tradición”; la perdurabilidad de determinados valores, instituciones, etcétera, mostraría su vinculación con el espíritu del pueblo y, por tanto, su carácter necesario, justo. Se entiende por ello que Marx se refiriera a ella, en frase lapidaria, como “una escuela que legitima la infamia de hoy con la infamia de ayer, una escuela que declara rebelde todo grito del siervo contra el látigo cuando éste es un látigo antiguo”.

Para Hegel, por el contrario, la historia es una línea interrumpida, un proceso de saltos cualitativos que supone un constante progreso en el desarrollo de lo que él llama la *Idea* o el *Espíritu*. Su concepción de la justicia contiene dos aspectos que, de alguna forma, vuelven a encontrarse en Marx. El primero es que Hegel no sitúa la justicia en el mundo del deber ser, sino en el del ser. Para él, la realidad tiene una naturaleza histórica y espiritual, y el Derecho y el Estado aparecen como momentos necesarios en el desarrollo del Espíritu; tienen un carácter histórico, pero también *racional*. Hegel no trata por ello de presentar el Derecho y el Estado como lo que deberían ser, sino como lo que son, esto es, como realizaciones de la razón. Su famosa frase “lo que es racional es real y lo que es real es racional” significa así la desaparición de la dicotomía entre el Derecho positivo y el Derecho natural (el Derecho justo). El segundo aspecto se refiere al propósito de Hegel de superar el “subjetivismo” kantiano, esto es, de no reducir la moral a un fenómeno de la conciencia individual. Para él, la justicia se encarna en una entidad objetiva, a la que llama *eticidad*, que viene a ser el tercer momento del espíritu

objetivo, o sea, el momento en el que se integran y superan el Derecho abstracto y la moralidad (la moral como fenómeno subjetivo). A su vez, la culminación de la eticidad es el Estado (el Estado racional) que representa la realización máxima de la justicia; Hegel dice del Estado que es “la realidad efectiva de la libertad concreta”, porque en él se concilian la libertad y la necesidad, la voluntad subjetiva y la voluntad general.

Uno de los rasgos más llamativos de la concepción que Marx tuvo sobre la moral lo constituye el tono crítico e incluso sarcástico con que siempre se refirió a términos como “derechos humanos”, “justicia” o “moral”. Para él —como escribió en un célebre pasaje—, el comunismo “no es un *estado* que deba implantarse, un *ideal* al que haya de sujetarse la realidad”, sino el “movimiento *real* que anula y supera el estado de cosas actual”. Como se ve, se trata de una interpretación *materialista* de la frase de Hegel antes mencionada y que supone, como aquélla, la negación de la separación entre el ser y el deber ser: el comunismo, en cuanto significa la *racionalidad* de la historia, es *real*, se desprende de la propia realidad, que para Marx no tiene ya carácter espiritual, sino material.

Otro elemento importante para entender la concepción de la justicia de Marx se encuentra en la contraposición entre la sociedad civil y el Estado (lo privado y lo público, los intereses particulares y los generales), a la que Hegel había considerado como característica del mundo moderno. Marx parte también de esta contraposición, pero la interpreta de forma diferente: para él, la sociedad civil (que en su obra termina por significar las relaciones de producción) es lo que determina al Estado y no éste a la sociedad civil, como había pretendido Hegel. La concepción del Estado moderno de Marx (a diferencia de Hegel, para el cual, como hemos visto, en el Estado se conciliarían los diversos intereses particulares) es radicalmente crítica: el Estado no solamente no resuelve, sino que legitima y enmascara los conflictos originados en la sociedad civil. Por eso, la verdadera justicia no es posible dentro de ese marco, esto es, en la sociedad burguesa capitalista. El Estado y el Derecho son determinaciones, superestructuras, en relación con la base social, con el modo de producción; y los derechos humanos que surgen en su seno —en general, las nociones de justicia— tienen necesariamente un carácter ideológico: de la misma manera que de acuerdo con la religión (expresión máxima de la ideología), “los cristianos son iguales en el cielo y desiguales en la tierra”, en el Estado moderno —dirá Marx—, los diferentes miembros del pueblo “son iguales en el cielo de su mundo político y desiguales en la existencia terrestre de la sociedad”.

Lo anterior no supone, sin embargo, que Marx fuera exactamente un enemigo de los derechos humanos, de la libertad y la igualdad del mundo moderno. Más bien habría que decir que tuvo respecto de ellos una actitud ambigua debido a que no vio en los derechos humanos realidades dotadas de valor moral, sino instrumentos políticos. Ahora bien, al mostrar las conexiones entre las ideas de libertad e igualdad de todos los hombres y las propias necesidades del

sistema capitalista, Marx dio una explicación materialista de los derechos humanos y puso de manifiesto el carácter histórico y no metafísico de esta noción. Además, se dio cuenta de que los derechos humanos, las libertades burguesas, eran una de las principales contradicciones generadas por el capitalismo y pensó que su desarrollo y realización podían hacer de ellos una palanca fundamental para acabar con el propio sistema capitalista.

Las mayores dificultades de la concepción de la justicia de Marx y del marxismo se vinculan con lo que cabría llamar su utopismo y su concepción escatológica de la historia. La pretensión de que es posible construir una sociedad perfectamente justa, sin conflicto, lleva lógicamente a no considerar como prioritario el problema de cómo poner límite al ejercicio del poder requerido para asegurar el orden. Y la idea de que la historia tiene un principio y, sobre todo, un fin (el comunismo, que es el criterio último de toda justicia) tiene el riesgo de inducir a creer que cualquier medio está justificado si apunta a dicho fin.

La concepción de la justicia de J. Rawls

La concepción de la justicia probablemente más influyente en los últimos tiempos es la del norteamericano J. Rawls. En su obra *Una teoría de la justicia*, que data de 1971, presenta una elaborada argumentación destinada a justificar unos principios de justicia aplicables a las instituciones sociales y que si se respetan darían como resultado una sociedad bien ordenada. Para la construcción de esa teoría, Rawls sigue una línea de pensamiento según la cual, el discurso moral surge de la adopción de un determinado punto de vista: los principios morales válidos serían aquellos que uno estaría dispuesto a aceptar si se adopta ese punto de vista. En concreto, parte de la idea del contrato social de Locke, Rousseau y Kant, que pretende llevar a “un nivel más alto de abstracción”. Crea para ello una situación hipotética, la *posición originaria*, en la que sitúa a ciertos agentes que han de establecer por consenso los principios de justicia aplicables a la sociedad futura. Conviene aclarar, para evitar una crítica frecuente pero infundada, que con ello no se trata de describir una realidad; lo que presenta Rawls es una construcción metodológica, una representación gráfica de una situación ideal en la que puedan regir ciertas reglas procesales del discurso moral.

Precisamente, para asegurar la vigencia de estas reglas procesales y la imparcialidad de quienes se encuentran en la posición originaria, Rawls introduce el concepto de *velo de la ignorancia*: supone que esos agentes se encuentran privados de ciertos conocimientos, aunque, naturalmente, deben saber ciertas cosas para poder discutir racionalmente. Así, no deben conocer a qué sociedad pertenecerán, cuál será su estatus social, su suerte en la distribución de los dotes naturales, los datos particulares de su plan racional de vida...; pero sí los hechos generales acerca de la sociedad humana, los principios de la economía política, las leyes de la psicología humana...

Pues bien, los individuos situados en la posición originaria y bajo el velo de la ignorancia deben “jugar” hasta llegar por consenso a la formulación de los principios de la justicia. Se trata de un juego con un número indeterminado de jugadores, de suma cero (lo que unos ganan lo pierden otros) y cooperativo (las preferencias de los jugadores no son estrictamente competitivas, de manera que todos prefieren, por ejemplo, llegar a un acuerdo antes que vivir en estado de naturaleza, esto es, en una sociedad en que no hayan sido establecidos los principios de la justicia). Además, los jugadores tienen plena libertad para llegar a acuerdos entre ellos, no existen limitaciones de tiempo (en otro caso, tendría ventaja el jugador que interviniera al final), y el juego se termina cuando se alcanza un consenso acerca de los principios básicos que han de regir para la futura sociedad. En opinión de Rawls, el consenso se lograría en torno a los dos siguientes principios:

Primer principio: “Cada persona ha de tener un derecho igual al más amplio sistema total de libertades básicas, compatible con un sistema similar de libertad para todos.”

Segundo principio: “Las desigualdades económicas y sociales han de estar estructuradas de manera que sean para: a) mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo [principio de diferencia], y b) unido a que los cargos y las funciones sean asequibles a todos, bajo condiciones de justa igualdad de oportunidades.”

Como se ve, la enunciación del segundo principio pone de manifiesto que Rawls presupone que una sociedad justa es una sociedad desigualitaria. Ello se debe a que él piensa que una sociedad con ciertas diferencias socioeconómicas es más eficiente (produce más bienes) que otra en la que rija una igualdad absoluta; y la existencia de más bienes a repartir posibilita que los individuos peor situados puedan salir beneficiados con respecto a la otra situación. Pero para ello (para ponerse de acuerdo en este principio, que viene a ser una forma de entender la regla de justicia de Perelman) se requiere que los jugadores sean individuos racionales, esto es, capaces de apreciar las consecuencias de sus acciones; autointeresados, en cuanto persiguen su propio interés; no envidiosos, por lo menos dentro de ciertos límites, pues aceptan que otros individuos puedan estar en una situación social y económica más ventajosa, si de esta forma mejora también su propia situación (y siempre y cuando se haya respetado el principio de igualdad de oportunidades), y dotados del “sentido de la justicia” que, en su opinión, todo ser racional desarrolla bajo “condiciones sociales normales”.

Por lo que se refiere al primero de los principios, Rawls supone que toda persona racional tiene su *plan de vida*, y que aunque tales planes sean diferentes según las personas, todos ellos requieren para su realización de ciertos *bienes primarios*, naturales y sociales: derechos y libertades, oportunidades y poderes, ingresos y riqueza. Entre todos estos bienes otorga al de libertad una doble

prioridad: por un lado, la libertad sólo puede ser limitada por la libertad de los demás; por otro lado, es necesario realizar completamente la distribución del bien primario libertad antes de pasar a distribuir los otros, de manera que el primero de los principios tiene prioridad sobre el segundo.

Es importante también señalar que ambos principios presuponen que los jugadores aplican en su juego la regla *maximin*, es decir, procuran obtener lo mejor (lo máximo) en la peor situación concebible (del mínimo); por ejemplo, como cada uno de esos agentes no sabe qué lugar va a ocupar en la sociedad del futuro, la regla le llevará a preferir, entre varios tipos de sociedad, aquella en la que el peor situado esté, en relación a cómo estaría en las otras sociedades, en una mejor situación.

El centro de la teoría de Rawls parece estar en una concepción de la racionalidad que combina la noción de lo *racional* con la de lo *razonable* [Vallespin, 1989]. Racional significa aquí la acción dirigida a la satisfacción de los deseos o los fines de un agente: lo que para cada cual (o para cada grupo) constituye el bien o lo bueno. Lo razonable supone que el agente está dispuesto a gobernar sus acciones por un principio de imparcialidad desde el cual, él y los demás puedan razonar en común. La clave (y de ahí la influencia de Kant) estaría en la *prioridad* de lo justo, de lo correcto, sobre lo bueno; de lo razonable sobre lo racional. Ahora bien, esa prioridad está un tanto debilitada en las obras de Rawls posteriores a *Una teoría de la justicia*, pues en ellas afirma que no trata de defender unos principios de justicia válidos para cualquier tiempo y lugar, sino unos que puedan servir para las sociedades occidentales en las que, a pesar de su pluralismo, puede hablarse de un consenso básico, un consenso por superposición entre las diversas formas de vida existentes. Pues bien, a pesar de todo parece que puede entenderse que Rawls mantiene cierta prioridad de lo justo, de los derechos de los individuos, sobre la concepción del bien representada en las instituciones concretas de una sociedad.

La concepción discursiva: J. Habermas

La concepción de la justicia de Habermas tiene muchos puntos de contacto con la de Rawls. En ambos casos, los principios y las reglas morales justificadas son las que resultan de un determinado procedimiento en el que se respetan determinados criterios. Y tanto en el método como en los resultados a los que llega, la ética discursiva habermasiana (muy vinculada a la del filósofo K. O. Apel) tiene una fuerte inspiración kantiana, si bien Habermas —como se verá— sustituye el paradigma individualista kantiano por el discursivo o dialógico.

Habermas distingue esencialmente dos conceptos de acción social: la acción estratégica y la acción comunicativa. La primera está orientada al éxito y la segunda, a la comprensión intersubjetiva, la cual alcanza su plenitud en el ejercicio sin trabas de la comunicación. Se trata de una distinción paralela a la que acabamos de ver en Rawls entre lo racional (sería la racionalidad estratégica) y lo

razonable (la racionalidad discursiva).

El planteamiento de Habermas parte de que las acciones (las acciones lingüísticas) dirigidas a la comprensión mutua presuponen que el hablante erige una pretensión general de validez, que se puede especificar así: cuando afirma algo sobre el mundo objetivo, el hablante pretende que su enunciado es *verdadero* en sentido estricto; cuando formula una norma erige la pretensión de que lo ordenado por la norma es *correcto*; cuando expresa, por ejemplo, un deseo, que el mismo es *sincero*; y cualquiera que sea el acto de habla de que se trate, el hablante pretende que el oyente pueda entenderle. En definitiva, en los procesos de comunicación lingüística en los que cada uno de los hablantes no trata de imponerse al otro, sino de alcanzar un acuerdo, de comprenderse mutuamente, se presupone el reconocimiento recíproco de cuatro pretensiones de validez: verdad, corrección, veracidad e inteligibilidad.

Pues bien, en la interacción ordinaria, esas pretensiones de validez se aceptan de forma más o menos espontánea: aceptamos que lo que dice el otro es verdadero, que lo que propone es correcto, que es sincero... Pero esas pretensiones pueden ser también problematizadas (puede haber razones para dudar de ellas), y cuando lo que se problematiza son las pretensiones de verdad o las de corrección se produce el paso desde la acción, la acción comunicativa, a lo que Habermas llama el “discurso”; en relación con las otras pretensiones, no cabe un discurso, pues la pretensión de inteligibilidad es condición, pero no objeto de la comunicación, y la de veracidad no se resuelve, según Habermas, discursivamente: si alguien es o no sincero se ve en su comportamiento. Ese paso de la acción al discurso significa que el hablante tiene que dar razones para tratar de fundamentar que sus aserciones son verdaderas (discurso teórico) o que una determinada acción o norma de acción es correcta (discurso práctico).

Ahora bien, el discurso (el discurso racional) se caracteriza porque es una forma de comunicación que remite a una situación ideal de habla o de diálogo, lo cual significa que los que participan en el mismo presuponen que lo que dicen es verdadero o correcto si todos los dialogantes potenciales, en una situación de total libertad e igualdad, podrían asentir a ello. La verdad o la corrección, por lo tanto, se define en términos consensuales, pero no se trata de un consenso fáctico, sino de un consenso racional o ideal; la clave del criterio de objetividad que elabora Habermas se encuentra en el respeto a las reglas de la discusión racional: verdadero o correcto es aquello a lo que se llegaría por consenso si se respetaran esas reglas.

Pues bien, aplicada a la moral, la ética discursiva viene a decir que están moralmente justificadas aquellas normas cuyas consecuencias puedan ser aceptadas por todos los afectados; o sea, los participantes en un discurso racional llegarían por consenso a establecer ese principio general de la ética. Se trata, como se ve, de una nueva versión del imperativo categórico kantiano que tiene la

peculiaridad de que ahora no está formulado ya en términos individuales, sino sociales: moral no es actuar de acuerdo con una máxima que cada uno puede querer sin contradicción alguna como ley universal, sino según una máxima que todos de común acuerdo puedan querer como norma universal. Habermas considera que a partir de ese principio se puede justificar el Estado de Derecho y una serie amplia de derechos fundamentales que incluiría los derechos individuales, los derechos de ciudadanía (a pertenecer a una determinada asociación de sujetos jurídicos), los derechos procesales (a la protección de los otros derechos), los derechos políticos (a participar en los procesos de formación de la voluntad común) o los derechos sociales. Las relaciones entre el Derecho (de los Estados democráticos) y la moral serían para él de complementariedad: el Estado de Derecho hace posible extender el principio del discurso al campo de la acción humana regida por el Derecho.

La concepción comunitarista

La concepción de la justicia como imparcialidad de Rawls y la ética discursiva de Habermas difieren en algunos extremos, pero vienen a coincidir en dos postulados fundamentales, en torno a los cuales gira el debate ético contemporáneo. Uno de ellos es el del carácter racionalista (cognoscitivista) de la ética, esto es, la idea de que las cuestiones éticas pueden ser discutidas racionalmente y de que es posible fundamentar principios éticos de validez objetiva (con la precisión que hemos visto respecto al último Rawls). El otro es el del carácter individualista de la ética, entendido el individualismo, no en sentido ontológico o epistemológico, sino estrictamente ético [Muguerza, 1990]. Esto quiere decir que no se niega la existencia de entidades supraindividuales: la sociedad no está formada únicamente por individuos, sino también por grupos. Tampoco se pretende que la razón haya de concebirse epistemológicamente en términos de una relación entre un sujeto y un objeto, como ocurre en el esquema —individualista— kantiano; al contrario, la razón se configura en términos dialógicos, como una relación intersubjetiva. Pero se parte de que los únicos agentes morales son los individuos autónomos y que, por tanto, los derechos individuales no pueden ser sacrificados en nombre del bienestar general o de una determinada concepción de la vida buena encarnada en las instituciones concretas de una sociedad.

La crítica principal a la concepción universalista e individualista de la ética procede últimamente del llamado comunitarismo. La idea fundamental aquí es que el hombre no puede concebirse como un individuo aislado, sino como un ser social, como parte de una unidad superior, de una comunidad (la familia, la nación...). En consecuencia, lo que importa, lo que tiene valor moral es, ante todo, el bien de la comunidad y no los derechos (y los correlativos deberes) de los individuos. A la ética de los deberes, basada en la obediencia a las normas, debería sustituirla una ética de las virtudes, que gira en torno a la formación del carácter, a la educación de los sentimientos para disponer a las personas hacia el bien. Sin embargo, según Mac Intyre (uno de los adalides del movimiento), en nuestras

sociedades contemporáneas ya no es posible el discurso ético, pues para ello se necesitaría poseer una noción común y compartida del bien del ser humano, lo cual dejó de existir con la Ilustración y con la ética del individualismo basada en el principio de la autonomía. Su proyecto consiste por ello en tratar de reconstruir cierto tipo de asociaciones o de comunidades que otorguen unidad de fines a la vida de los seres humanos y permitan que surjan de nuevo las correspondientes virtudes.

En el comunitarismo hay, sin duda, un fondo de razón. La existencia de ciertos esquemas comunitarios parece ser una condición necesaria para que los individuos puedan dar sentido a sus vidas y, en consecuencia, para que puedan ejercer su autonomía. Pero eso no es algo necesariamente incompatible con una concepción universalista e individualista de la ética en el sentido antes señalado. Victoria Camps [1990] tiene seguramente razón cuando afirma que el discurso de las virtudes sigue teniendo sentido en nuestras sociedades, pero siempre y cuando se refiera no a la vida privada, sino a la vida pública. No hay reglas generales para alcanzar la felicidad individual, pero existen fines comunes a la vida pública: la libertad y la igualdad. Virtudes públicas —para ella— serían las disposiciones que facilitan la consecución de esos valores: la justicia, la solidaridad, la responsabilidad, la tolerancia o la profesionalidad.

El comunitarismo, por lo menos en muchas de sus versiones, presenta inconvenientes notorios. Aunque existe también un comunitarismo “de izquierda”, los tipos de comunidad a los que, en general, se suele apelar tienen un marcado carácter tradicional y, a veces, también religioso. Se explica así la crítica a los valores de la modernidad, como el individualismo, el liberalismo o los derechos humanos; MacIntyre, por ejemplo, afirma que “creer en los derechos humanos es como creer en brujas o en unicornios”. En muchos aspectos, el comunitarismo recuerda las tesis de la escuela histórica del Derecho: lo que viene a hacer es dar preferencia a las prácticas existentes frente a las prácticas justificadas, a la moral social frente a la moral crítica.

Además, el comunitarismo es, como se ha dicho, una concepción particularista de la justicia que niega la existencia de valores universales. Esa tesis, dado el pluralismo existente en las sociedades contemporáneas, lleva en sí misma el germen de la exclusión: en el lugar de los valores universales se pone los de la comunidad, y estos últimos pueden suponer la puesta en peligro de los derechos de los individuos o de las minorías, de los que no pertenecen (o no quieren pertenecer) a esa comunidad.

Justicia y derechos humanos

Un consenso reciente

Los derechos humanos se han convertido en nuestros días en el banco de

pruebas para una teoría de la justicia. A menudo identificamos sin más la justicia con los derechos humanos o, cuando menos, pensamos que un ordenamiento jurídico que no reconozca o que no sea capaz de proteger eficazmente los derechos fundamentales de los individuos no puede ser calificado como un orden justo. Por eso, juzgamos la validez de una determinada concepción de la justicia examinando qué tipos de derechos se pueden extraer de sus principios y cómo aparecen fundamentados esos derechos. La ideología —en el sentido neutral de sistema de ideas— de los derechos humanos cumple hoy una función análoga a la del cristianismo en la Europa medieval: marca los límites dentro de los cuales puede moverse la reflexión ética y política. Ello explica que se haya podido hablar (en tono crítico) del “mito” o de la “religión” de los derechos humanos [Villey, 1981], o que nuestra época se haya caracterizado (ahora en términos positivos) como “la era de los derechos” [Bobbio, 1991].

El consenso actual en torno a los derechos humanos es, en efecto, un hecho cargado de significación, como lo prueba el que sólo se haya llegado a él en época muy reciente: tras la segunda guerra mundial. Por ejemplo, en el siglo XIX, los derechos humanos definían una cierta concepción de la ética y de la política: la de los liberales y la de algunos socialistas “utópicos” (frente al socialismo “científico” del marxismo), que venían a ser los herederos del iusnaturalismo racionalista del XVII y del XVIII. Pero muchas ideologías de fuerte implantación en esa época fueron contrarias a los derechos humanos. Es el caso del utilitarismo o del marxismo (al menos en su origen), o del cristianismo de la Iglesia Católica hasta hace muy poco. Los motivos para esa actitud fueron, sin embargo, muy distintos. La crítica de Bentham a los derechos humanos tuvo un carácter básicamente metodológico, y fue una consecuencia de su concepción positivista del Derecho, según la cual, los derechos sólo pueden proceder de las leyes positivas; hablar por ello de “derechos naturales del hombre” constituía para él “un disparate en zancos”. Pero Bentham —y en general los autores utilitaristas— defendieron las libertades públicas o la igualdad ante la ley (al igual que la propiedad privada) en aplicación del principio de utilidad; de hecho, Bentham estuvo muy próximo a la ideología de los ilustrados franceses. Sobre el rechazo de Marx (y de muchos marxistas hasta época relativamente reciente) ya se ha hablado antes: en esencia, derivaba de la idea de que los derechos humanos aparecían vinculados necesariamente a una etapa histórica —la de la sociedad capitalista— que era necesario superar. Y la oposición de la Iglesia Católica tiene un sentido justamente inverso. La negativa a aceptar la libertad religiosa, la libertad de prensa o la igualdad ante la ley (pero no la propiedad privada de tipo capitalista) hasta fecha reciente (hasta los años sesenta del siglo XX) se explica por la vinculación de los derechos humanos con los valores de la modernidad y del liberalismo que venían a ser la antítesis del catolicismo tradicional; el recientemente beatificado Pío IX escribía en 1864 (en la encíclica *Syllabus*) que era un “error” pensar que “el Romano Pontífice puede y debe reconciliarse y transigir con el *progreso*, el *liberalismo* y la *civilización moderna*”.

Ahora bien, el consenso actual en torno a los derechos humanos, que se plasma en la existencia de textos universalmente aceptados (la Declaración Universal de Derechos de la ONU y sus desarrollos posteriores) y de listas de derechos fundamentales (sustancialmente coincidentes entre sí) que constituyen el núcleo de las Constituciones de los sistemas jurídicos contemporáneos, no significa, naturalmente, que en nuestra época hayan desaparecido ya las discrepancias en materia de ética. Significa más bien que las diferencias se han trasladado a un plano distinto y ahora conciernen a las distintas maneras de entender y de fundamentar los derechos humanos que, por lo demás, no son exactamente los mismos para todos. En contra de lo que pudiera parecer a primera vista, no es tan fácil ponerse de acuerdo sobre qué son los derechos humanos y sobre cómo pueden fundamentarse. Ambas cuestiones, por lo demás, están estrechamente ligadas y la forma de contestarlas tiene consecuencias prácticas importantes.

El concepto de derechos humanos

Para empezar, la expresión “derechos humanos” tiene, obviamente, una fuerte carga emotiva de signo positivo, y ello hace que en ocasiones carezca, por así decirlo, de significado descriptivo. El lenguaje de los derechos humanos se usa simplemente como un recurso retórico para tratar de justificar un cierto curso de acción, para criticar una determinada situación, etc. Naturalmente, esas connotaciones emotivas no suponen que sea imposible construir un concepto riguroso de los derechos humanos, pero es como una señal de alerta sobre las dificultades de la tarea. Por lo demás, ese análisis conceptual es muy necesario para evitar que los derechos humanos se conviertan simplemente en una ideología (ahora en el sentido peyorativo del término) a disposición más o menos de cualquiera que quiera usarla (que quiera usar ese lenguaje).

Una dificultad para aclarar ese concepto surge del hecho de que la expresión “derechos humanos” es ambigua en varios sentidos. El contexto de uso parece requerir siempre la referencia a un sistema normativo, pero puede tratarse de un sistema de Derecho positivo, de un sistema moral o de un ordenamiento, como el Derecho internacional, cuyo estatus —como anteriormente se vio— no es fácil de precisar; en consecuencia, los derechos humanos son en ocasiones auténticos derechos jurídicos, otras veces exigencias —derechos— morales, y otras suponen un tipo de pretensión que se sitúa a mitad de camino entre el Derecho y la moral, como ocurre cuando un texto internacional reconoce un derecho, pero sin habilitar ningún mecanismo que se pueda considerar jurídico para su protección.

Algunas veces se ha negado que tenga sentido hablar de *derechos morales*; esa expresión vendría a ser una especie de contradicción en los términos, de la misma manera que *derechos jurídicos* no sería otra cosa que un pleonismo inútil. Sin embargo, esa opinión no parece estar justificada. Por un lado, es perfectamente comprensible qué se quiere decir con “derechos morales”: serían los que derivan

de la existencia de ciertas normas morales, bien se trate de la moral positiva o de la moral crítica. Y, por otro lado, uno de los usos más característicos de la expresión “derechos humanos” tiene un carácter reivindicativo: expresa una crítica al Derecho positivo porque no contiene un derecho que debería contener. Si no se pudiera hablar de “derechos morales”, entonces difícilmente podríamos atribuir sentido a una frase como “el Derecho nazi violaba los derechos humanos de los judíos” o “en Afganistán se violan los derechos humanos de las mujeres”. De todas formas, para evitar en cierto modo esa ambigüedad (que se trate de derechos jurídicos o de derechos morales), es frecuente utilizar la expresión “derechos fundamentales” o “derechos constitucionales” para referirse a los derechos humanos incorporados a un determinado Derecho positivo, y emplear “derechos humanos” cuando se hace abstracción de esta circunstancia; en ocasiones se habla de “derechos” sin más, pero esto puede ser equívoco, porque no todos los derechos que se tienen son derechos humanos: sólo los derechos de carácter muy básico son derechos humanos.

En todas las acepciones anteriores, parece claro que el acento se pone, no en la noción de un ordenamiento considerado objetivamente, como conjunto de normas, sino visto desde el prisma de los individuos, de los destinatarios de esas normas. Decir que X tiene un derecho humano a Y, en relación con el sistema normativo S, significa algo así como reconocer que Y supone una acción o un estado de cosas valioso y que, por ello, las normas de S sitúan a X en una posición ventajosa para que pueda realizar o alcanzar Y. Entendidos como derechos jurídicos, cabría decir que los derechos humanos pertenecen a la categoría de los derechos subjetivos. Pero este último concepto no es nada simple, y en el mismo parece que pueden distinguirse varias dimensiones. Por un lado, afirmar que X tiene un derecho subjetivo implica (frente a los derechos simplemente morales) que las normas de un determinado Derecho positivo le otorgan a X un tipo de protección —una protección jurídica— que, por lo demás, puede ser muy variada. Como vimos en un anterior capítulo, son muchas las técnicas a las que recurre un Derecho para lograr que sus normas sean eficaces. Por lo que respecta a lo que ahora nos interesa, hay derechos subjetivos que son exigibles ante un tribunal, otros que generan obligaciones por parte de los poderes públicos (por ejemplo, construir escuelas u hospitales) que, sin embargo, no pueden hacerse valer jurisdiccionalmente, otros que juegan sólo un papel en la interpretación de las normas jurídicas, etc. Por otro lado, “tener un derecho” significa —digamos que desde el punto de vista estructural, no atendiendo a su grado de protección— ocupar una posición favorable en el marco de una relación jurídica. Sin embargo, como puso de manifiesto el jurista norteamericano Hohfeld en las primeras décadas del siglo XX, no existe un único tipo de relación jurídica, sino que cabría hablar al menos de cuatro tipos básicos, con lo cual tendríamos otras cuatro modalidades activas y sus correspondientes pasivas. La idea genérica de “derecho subjetivo” se puede descomponer así en cuatro nociones distintas, para las cuales cabe usar también términos diferentes: “derecho subjetivo en sentido estricto”, “libertad”, “poder” e “inmunidad”; las dos primeras son posiciones que se tienen

como consecuencia de la existencia de normas regulativas o deónticas y suponen que en el otro polo de la relación alguien tiene un deber o no tiene un derecho; las otras dos derivan de normas constitutivas, de reglas que confieren poder, y se caracterizan porque en el otro polo de la relación alguien está en una posición de sujeción o de no poder. Sintéticamente, pueden definirse así:

1. “A tiene el *derecho* (derecho subjetivo en sentido estricto) a que B realice X, si B tiene el deber (frente a A) de realizar X.” Además, cabría distinguir aquí diversos supuestos, según que el deber de B sea un deber negativo (derecho a no ser torturado o a no ser molestado por expresar una determinada opinión) o positivo (derecho a recibir una educación).

2. “A tiene frente a B la *libertad* de realizar X si B *no* tiene *derecho* a exigir que A efectúe X o se abstenga de efectuar X.” Aquí es importante tener en cuenta las siguientes observaciones: a) la libertad puede formar parte del ejercicio de un derecho, pero no se confunde con dicho derecho: una cosa es el derecho a que los demás no me impidan expresar mis ideas políticas, y otra cosa —si se quiere, otro aspecto del mismo fenómeno— la libertad que tengo de expresar o no tales ideas; b) el ejercicio de un derecho no siempre es libre: el derecho de los niños a recibir una enseñanza básica —tal y como está regulado en las constituciones de los Estados avanzados— no implica que se tenga o no la libertad de recibir o no tal educación, y c) se puede entender que somos libres para realizar todas aquellas acciones que no estén expresamente prohibidas por el ordenamiento jurídico, en la medida en que presupongamos la existencia de una norma de clausura que establezca que lo no prohibido está permitido; pero, en todo caso, el ejercicio de cualquier libertad se desarrolla siempre en el marco de un perímetro normativo que delimita la libertad: somos libres de ir al cine si estamos dispuestos a pagar la entrada, podemos circular libremente siempre que respetemos las normas de tráfico, y gozamos de libertad de expresión en la medida en que no la utilicemos para calumniar a alguien.

3. “A tiene la *potestad* (o el poder) de producir ciertos efectos jurídicos respecto a B mediante el acto X si B está *sujeto* frente a A, esto es, si la situación jurídica de B se verá afectada por los efectos del acto X.” Ejemplo de este tipo de situación es el poder de los jueces de dictar sentencias (lo cual no constituye ningún derecho humano: los derechos humanos los tienen los individuos, no los órganos públicos), pero también el poder (la capacidad) de los individuos para contraer matrimonio, para elegir representantes políticos (y para presentarse a una elección) o para fundar un periódico que se constituya en el órgano de expresión de una determinada tendencia política.

4. “A tiene frente a B inmunidad respecto de los efectos jurídicos del posible acto X de B, si B es incompetente para alterar, mediante el acto X, la situación jurídica de A.” Como ejemplo puede servir la inmunidad de la que gozan los parlamentarios o los diplomáticos (que, de nuevo, no constituyen derechos

humanos), pero también la inmunidad que se atribuye al conjunto de los ciudadanos cuando una Constitución establece que los poderes públicos no tienen potestad para alterar el estatus jurídico de aquéllos dictando normas que coarten sus libertades básicas: por ejemplo, los poderes públicos no pueden establecer un sistema de censura previa.

Es importante tener en cuenta que lo que antecede constituye tan sólo un instrumento útil de análisis. Ninguno de los derechos fundamentales que cabe encontrar en una Constitución contemporánea puede reducirse sin más a una de esas modalidades o posiciones, sino que deben verse más bien como un ramillete de todas ellas; la libertad de expresión, como se ha visto, supone tanto derechos en sentido estricto, como libertades, poderes e inmunidades. Además, por si esta complejidad fuera poca, los derechos humanos no pueden entenderse en términos estrictamente normativos. No son sólo el correlato de obligaciones, no derechos, sujeciones e incompetencias, sino que constituyen también valores, o al menos son incomprensibles si se los desvincula de los valores que se trata de proteger o de alcanzar con ellos. Y esa unidad de tipo normativo y axiológico funciona además hoy en día como un criterio de reconocimiento o de validez del Derecho.

La dimensión valorativa de los derechos humanos ha sido muy bien explicada por Laporta [1987 y 1997]. Él sostiene que debe distinguirse entre el valor (o los valores) que constituyen el núcleo de un derecho humano y las técnicas de protección habilitadas para su salvaguarda: los derechos subjetivos en sentido estricto, las libertades, etc. Por ejemplo, la libertad de expresión no puede entenderse únicamente en el sentido de que los individuos tienen ciertos derechos, libertades, etc. Si se les atribuyen esas posiciones ventajosas es como medio para la realización de un valor, de un bien, que puede tener un carácter individual o colectivo. En el caso de la libertad de expresión, se trata en buena medida de un bien público: se protege el libre flujo de la información porque eso es necesario para que pueda funcionar una sociedad democrática; y, por eso, el derecho de los periodistas a transmitir una información que puede suponer un daño para un individuo (un menoscabo de su honor, una intromisión en su esfera de intimidad) debe entenderse en relación con ese valor, de tal manera que esa conducta sería inaceptable si en lugar de estar encaminada a la formación de una opinión pública libre lo estuviera a la obtención de un provecho privado. Contemplar a los derechos humanos no sólo en términos normativos, sino también valorativos supone, pues, reconocer en ellos no sólo razones para actuar de cierta forma (guías para la conducta), sino también para considerar justificada determinada conducta (la que es conforme con esos valores) y para criticar otra (la que se le opone). Además, la dimensión justificativa tiene prioridad sobre la directiva, de tal manera que se puede decir que la formación de una opinión pública libre es un valor, y de ahí que existan normas que permiten expresar libremente las opiniones políticas; mientras que no parece tener sentido afirmar que la formación de una opinión pública libre es un valor *porque* existen normas que permiten expresar libremente las opiniones políticas.

Además —como se había dicho—, los derechos humanos (los derechos fundamentales recogidos en las Constituciones) operan, en el contexto de los Derechos de los Estados democráticos, como criterios para identificar el Derecho válido y son, en cierto modo, los criterios últimos de validez del Derecho. De acuerdo con el concepto de regla de reconocimiento que ya conocemos, puede decirse que en estos sistemas jurídicos la regla de reconocimiento guarda una estrecha conexión con los derechos humanos. Por un lado, al formar parte esencial de la Constitución, es obvio que las normas dictadas en contra de los derechos fundamentales ahí reconocidos no serían Derecho válido. Pero además, los derechos humanos juegan un papel clave en la aceptación (moral) de la regla de reconocimiento: la razón quizás decisiva que un sujeto puede tener para aceptar la regla de reconocimiento del actual sistema jurídico español es que ve en ese Derecho un medio razonablemente adecuado para la satisfacción de los derechos humanos de los individuos sometidos al mismo.

La conclusión a la que se puede llegar hasta aquí es que la expresión “derechos humanos” es considerablemente ambigua, puesto que designa diversos conceptos o, quizás mejor, una noción compleja con muchas dimensiones interconectadas. Pero, además, se trata de un concepto vago tanto intensional como extensionalmente.

Es vago intensionalmente, porque no es fácil señalar cuáles son las notas comunes a todas las situaciones en que atribuimos derechos a alguien. Las características más usuales parecen ser las de universalidad, inalienabilidad, carácter absoluto e individualidad, pero ninguna de ellas es fácil de precisar.

La universalidad parecería querer decir que los derechos humanos son aquellos que se poseen por el simple hecho de ser persona humana, con independencia de las circunstancias históricas, geográficas o de otro tipo en que se encuentre un individuo. Pero de esa caracterización surgen muchos problemas. Uno es el del concepto mismo de persona humana: cuándo se empieza a ser persona humana es una cuestión disputada, y además es frecuente hablar de derechos humanos que no se refieren a personas humanas presentes (sino a las de las generaciones futuras) o de que los animales también tienen ciertos derechos (que serían de alguna forma equivalentes a los de los individuos de la especie humana). Por otro lado, si los derechos humanos se reconocen sin más a todos los individuos, ¿habría que decir que vulnera un derecho humano, por ejemplo, el art. 14 de la Constitución española (y existe un equivalente en todas las constituciones contemporáneas) que establece que la igualdad ante la ley es un derecho que se aplica a *los españoles*, de manera que ciertas diferencias de trato entre los españoles y los extranjeros son conformes a la Constitución? ¿Y de qué manera puede hacerse compatible la universalidad con el hecho de que en ocasiones atribuimos derechos humanos sólo a una clase restringida de las personas: a los niños, a los ancianos, a los trabajadores? ¿Bastaría quizás con precisar que la universalidad hace referencia a características que se tienen en cuanto persona humana y que son independientes

de nuestra voluntad?

El carácter inalienable de los derechos humanos no es tampoco fácil de interpretar. Si entendemos por inalienable el hecho de que no se puede renunciar a los mismos, nos encontramos con el problema de que muchos de los derechos básicos de carácter procesal parecen ser renunciabiles (en general, los derechos de defensa). Y si se puede o no renunciar a vivir es una de las cuestiones más controvertidas en la discusión pública: de ello depende el que se considere que la eutanasia es un derecho humano o un atentado contra uno de los principales derechos del hombre. Quizás pudieran resolverse esas dificultades afirmando (aunque esto no sería unánimemente aceptado) que a lo que se puede renunciar es al ejercicio de los derechos, pero no al derecho en sí.

Reconocer a los derechos humanos un carácter absoluto tiene la dificultad de que entonces no se pueden resolver los conflictos que surgen entre los mismos: por ejemplo, entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor y a la intimidad personal; o entre el derecho a la autonomía personal por parte de algunos individuos, frente al derecho a gozar de un mínimo vital por parte de otros. Una solución podría venir de una jerarquización estricta de los derechos. ¿Pero cómo hacerla? Y aunque lo lográramos, ¿existiría sólo uno o más de un valor último? También aquí podríamos encontrar cierta salida diciendo que “absolutos” significa que los derechos humanos plantean las exigencias más fuertes dentro de un sistema. De esta forma se comprende que los derechos humanos desplacen a exigencias que provengan de derechos o de intereses que no tengan ese carácter. Pero seguiría en pie la cuestión de cómo resolver los conflictos entre derechos humanos.

Finalmente, la individualidad parece significar que los derechos humanos son distributivos, esto es, que se atribuyen a todos y a cada uno de los individuos que pertenecen a una clase (la de los seres humanos, o la clase de las mujeres, de los niños, etc.). Pero el problema entonces es que habría que negar que se puedan atribuir derechos humanos a grupos de individuos: no se podría hablar, por ejemplo, de derechos de las mujeres, de la familia o de los pueblos. Los dos primeros casos no plantean quizás muchas dificultades: cuando se habla de esa manera, a lo que nos estamos refiriendo es al derecho de cada una de las mujeres o de cada uno de los miembros de una familia, aunque su protección pueda requerir cierto tipo de medidas destinadas a los grupos (por ejemplo, las de protección a la familia que, en realidad, protegerían a los individuos que la componen). Ahora bien, ¿no existe tampoco un derecho de autodeterminación de los pueblos, uno del que sea titular, no cada uno de los miembros, sino el conjunto de todos ellos? Y si existiera ese derecho, ¿cómo se podría articular?, ¿en qué sentido se podría decir que los pueblos son titulares de derechos al igual que los individuos?

El concepto de derechos humanos es también vago extensionalmente. Por supuesto, hay casos claros de aplicación de ese concepto (seguramente, la mayoría

de los supuestos), pero la zona de penumbra, como se ha visto, es considerable y viene a coincidir con lo que constituye el debate ético contemporáneo: ¿son derechos humanos (y hasta dónde) el aborto, la eutanasia o el consumo de drogas?; ¿ataentan contra los derechos humanos la clonación y la pena de muerte?; ¿existen derechos de las generaciones futuras, de los pueblos o de los animales?; ¿forman parte de los derechos fundamentales de los individuos los derechos sociales?; ¿hay un derecho a la emigración?; ¿ataenta o no contra el derecho a la igualdad de trato la discriminación inversa?... Ahora bien, si hay vaguedad extensional, esto es, si existen dudas sobre el campo de aplicación del concepto “derechos humanos”, es porque las notas o propiedades que lo caracterizan no parecen estar perfectamente definidas (o sea, porque el concepto es vago intensionalmente). Y ese problema de la intensión y de la extensión del concepto sólo puede resolverse a partir de una determinada teoría que presente una fundamentación de los mismos, esto es, que los haga derivar de ciertos valores morales (o de determinada manera de interpretarlos). En resumidas cuentas, el concepto y la fundamentación de los derechos humanos no son cuestiones que se puedan separar de manera estricta; la solución de la primera cuestión lleva a plantearse la segunda.

La fundamentación de los derechos humanos

Cuando se habla de “fundamentación” conviene aclarar qué se quiere decir con ello. En sentido estricto, fundamentar los derechos humanos significa ofrecer razones —razones últimas: que no dependan de otras— que muestren que ellos integran el criterio básico de legitimidad de un Derecho positivo y que, más en general, es bueno comportarse de acuerdo con lo que prescriben. Esa fundamentación —según la tesis de la unidad de la razón práctica que antes se enunció— no puede ser más que moral: las razones últimas que puede esgrimir un sujeto para actuar en una determinada forma son las razones morales. Por supuesto, los derechos humanos contienen un elemento político muy importante, puesto que se requiere de una cierta organización del poder político para que puedan hacerse valer. Pero no cabe hablar de una fundamentación política de los mismos. Eso último querría decir algo así como que los derechos humanos son medios, instrumentos, para lograr ciertas finalidades (distintas a los valores que ellos mismos representan), lo cual equivale, en realidad, a no fundamentarlos. Los derechos humanos son los que fundamentan la política, el Estado, y no a la inversa. Si existen derechos humanos y si, en consecuencia, están justificados, ha de ser porque ellos suponen fines en sí mismos, valores morales.

El proceso de fundamentación moral de los derechos humanos requiere de dos pasos sucesivos. El primero consiste en delimitar qué concepción o concepciones de la ética pueden servir para ese propósito, teniendo en cuenta las características que usualmente se atribuyen a los mismos. Luego hay que procurar formular algunos principios generales de los que puedan inferirse los derechos humanos en concreto y, por tanto, que puedan usarse para resolver los problemas de vaguedad a los que se hizo referencia anteriormente.

Pues bien, cualquiera que sea la manera como se entienda la noción de derechos humanos, parece claro que el uso significativo de ese lenguaje supone aceptar una concepción mínimamente cognoscitivista y universalista de la moral. La ideología de los derechos humanos no es compatible con el escepticismo o con el relativismo moral entendidos estos últimos en su sentido fuerte. Si se acepta, por ejemplo, que el derecho a la integridad física es un derecho humano, entonces podemos reconocer el *hecho* de que en ciertas sociedades se practica y se considera correcta la ablación del clítoris de las mujeres, pero lo que no podemos es pensar que lo que supone un grave atentado contra la dignidad humana en Europa es correcto en el África subsahariana. Quien sostenga este último tipo de relativismo y considere que no hay razones objetivas (razones válidas) para situar a un código moral por encima de otro, o bien comete un error de argumentación (identifica la moral positiva con la moral crítica o justificada) o bien habría que decir de él que no puede dar cuenta de los derechos humanos ni puede, por supuesto, justificarlos. El enunciado “X es un derecho humano” significa necesariamente que actuar en conformidad con X es correcto, tanto para quien lo enuncia como para cualquier otro. Si no fuera sí, no habría derechos humanos. Esto puede parecer sorprendente, pues aparentemente va en contra del pluralismo y del carácter histórico, dinámico, de la moral, pero aquí hay alguna importante distinción que hacer.

Por un lado, hay que distinguir el pluralismo moral en cuanto tesis descriptiva que enuncia simplemente el hecho de que sobre muchas cuestiones morales existen diversas opiniones, diversos códigos morales; de la tesis normativa que sostiene que ninguna opinión moral vale más que otra, al menos en la medida en que ambas tengan cierto arraigo social (encarnen en una moral positiva). Lo que resulta incompatible con la noción de los derechos humanos es, naturalmente, sólo la última tesis que, por cierto, es sumamente inusual sostener en forma reflexiva. Por otro lado, una cosa es que la moral, los derechos humanos, tengan carácter histórico, en el sentido de que las opiniones sobre qué acciones son correctas han cambiado a lo largo de la historia y el concepto mismo de derechos humanos surge en un cierto momento histórico; y otra que la *justificación* de la ética y de los derechos humanos pueda hacerse en términos historicistas. De nuevo, es sólo la segunda afirmación la que resulta incompatible con la noción de derechos humanos; pero éstos, en cuanto concepto y en cuanto realidad, necesitan ser explicados (no justificados) históricamente.

Una explicación histórica de los derechos humanos es, por ejemplo, la que proporcionó Marx al mostrar que las ideas de libertad e igualdad de todos los hombres presuponen cierto tipo de relaciones que sólo se dan en la sociedad capitalista, en la modernidad. Por eso, anteriormente a esta época puede hablarse, por supuesto, de medidas encaminadas a limitar el poder o a garantizar la libertad de una categoría de individuos (de un estamento), pero no propiamente de derechos humanos entendidos como derechos de los que es titular cualquier individuo simplemente por el hecho de pertenecer a la especie humana. Además, el carácter histórico de los derechos humanos no reside únicamente en su origen,

sino también en su evolución, que ha corrido paralela a la que han sufrido el Derecho y el Estado moderno. La relación entre los derechos humanos y el Estado de Derecho puede verse como una concreción de la relación entre Derecho y Estado de la que tratamos en un capítulo anterior. Por un lado, cabría decir que los derechos humanos son aquellos reconocidos en el marco de un Estado de Derecho. Pero, por otro lado, los derechos humanos constituyen también un criterio que permite identificar —y justificar— lo que es un Estado de Derecho. Este último suele caracterizarse precisamente [E. Díaz, 1998] como un Estado en el que existe: 1) imperio de la ley, entendida ésta como la expresión de la voluntad popular; 2) división de poderes, con primacía del legislativo; 3) legalidad de la Administración, de manera que ésta no puede actuar arbitrariamente, fuera del Derecho, y 4) garantía de los derechos y de las libertades fundamentales.

Ahora bien, el Estado de Derecho, desde su aparición a comienzos del siglo XIX, ha pasado por diversas etapas. La primera es la del Estado liberal, abstencionista, que llega hasta el período de entreguerras, y en cuyo marco los derechos humanos se circunscriben a los (o a ciertos) derechos individuales, civiles y políticos. Luego viene el Estado social, intervencionista y benefactor, en el cual, a los anteriores derechos (los de la “primera generación”) se les añaden los de carácter social, económico y cultural (los de la “segunda generación”). Los primeros son esencialmente derechos de libertad (en el sentido de libertades negativas) que exigen sólo un no hacer por parte del Estado; los segundos constituyen más bien derechos de igualdad, que plantean la necesidad de prestaciones positivas como, por ejemplo, la construcción de escuelas o de hospitales. Esta última forma de Estado —como ya se vio— entra en crisis desde mediados de los años setenta, pero no puede decirse que haya sido sustituida por una forma de organización política que pueda considerarse nueva. Los actuales Estados democráticos combinan, en grados distintos, elementos del Estado liberal y del Estado social, y han dado cabida también a nuevos derechos humanos (de la “tercera” o de la “cuarta generación”) como los derechos ecológicos, los derechos en relación con el uso de las nuevas tecnologías de la información, de la biotecnología, etc.

Hace años se decía que el principal problema de los derechos humanos era el de cómo garantizarlos. Hoy en día cabría afirmar que esos derechos, al menos en una buena medida, ya están garantizados, pero tan sólo para una pequeña parte de la humanidad: para los habitantes de los países ricos o para una mayoría de los que ahí viven. El problema esencial consiste por ello en hacerlos verdaderamente universales. Y esto es algo que parece muy alejado de la realidad, incluso en relación con los más elementales. Teniendo en cuenta además lo que son las sociedades contemporáneas, ésa es una meta ni siquiera imaginable si no se logra sobrepasar el ámbito de los Estados nacionales.

Los Estados en los cuales puede decirse que existe un mayor reconocimiento y una mayor garantía para los derechos humanos son las democracias occidentales.

Esta forma de gobierno se caracteriza, por un lado, por su carácter procedimental o formal y, por otro lado, porque se trata de un gobierno representativo. Lo primero quiere decir que lo que define a las democracias es el respeto de ciertas reglas del juego: esencialmente, la igualdad de voto, el sufragio universal (como vimos, una institución sumamente reciente), y la utilización del principio de la mayoría como criterio para la toma de decisiones (para elegir a los gobernantes, para aprobar las leyes...). Lo segundo, el aspecto representativo, supone que el poder no es ejercido (salvo en casos muy extraordinarios) directamente por los ciudadanos, sino por los representantes elegidos por éstos. La crítica tradicional a ese modelo de democracia ha venido de uno y de otro lado (y, frecuentemente, de ambos al mismo tiempo). A la idea de democracia formal se ha opuesto la de democracia material, entendida como un tipo de gobierno en el que existe una igualdad socioeconómica y en el cual el poder político está también repartido de hecho entre los integrantes de la colectividad; como es obvio, las democracias realmente existentes son compatibles con niveles profundos de desigualdad económica y social, y el poder político es ejercido de hecho por una minoría de la población. Y frente a la democracia representativa se esgrime la idea de una democracia directa o participativa, que últimamente se representa según el modelo de la democracia deliberativa, en cuanto sistema en el cual la formación de la voluntad política es el resultado de un discurso racional en el que todos pueden participar (al menos, incoativamente) con plena libertad y en pie de igualdad; la realidad, como es sabido, es que la participación de los ciudadanos en la vida política (si se excluye la influencia que se ejerce a través de la opinión pública) se reduce casi exclusivamente a depositar su voto (cuando lo hacen) cada cierto tiempo.

No cabe dudar de que las anteriores son críticas fundadas; si se quiere tienen un carácter utópico, definen ideales inalcanzables, pero señalan también una dirección en la que se debe —y quizás se pueda— avanzar. Sin embargo, las dificultades no se acaban aquí. No se trata sólo de que la democracia —tal y como la conocemos— sea una forma deficitaria —digamos, mejorable— de gobierno, sino que ese tipo de organización política sólo es viable si se dan determinados presupuestos —una mínima homogeneidad socioeconómica— que no parecen existir en amplios espacios del planeta. Además, las democracias se circunscriben prácticamente al ámbito del Estado nacional, y eso tiene consecuencias notablemente graves, en el sentido de que hay muchos ámbitos de decisión en los cuales los afectados no tienen la menor oportunidad de intervenir: por ejemplo, porque el requisito para ejercer los derechos democráticos es la ciudadanía y hay decisiones que se toman en el ámbito de un Estado pero que pueden afectar a individuos que no forman parte del mismo (no son “ciudadanos” de ese Estado); o porque decisiones de gran importancia para la vida de la gente (también para la de los que viven en los países ricos) se toman en instancias ajenas al Estado (en los grandes centros de poder económico y financiero) en los que no existe ningún tipo de control democrático.

Habíamos quedado en que la fundamentación de los derechos humanos

presupone una concepción universalista y no escéptica de la moral. A ello cabría añadir ahora que fuera de un esquema democrático de gobierno no existen posibilidades para una protección eficaz de los mismos. ¿Pero cuáles serían los principios que constituyen, dentro de esos parámetros, lo que habíamos llamado la segunda etapa en el proceso de fundamentación de los derechos humanos?

Carlos Nino [1984] ha sugerido una fundamentación de los derechos humanos de inspiración kantiana y liberal, pero de un liberalismo progresista que no cabe confundir con las corrientes “neoliberales” contemporáneas. En su opinión, el fundamento de los derechos humanos (que él interpreta como derechos individuales) puede encontrarse en los tres siguientes principios o, más exactamente, en cierta combinación de ellos: 1) el principio de la inviolabilidad de la persona humana que prohíbe que se puedan imponer cargas o sacrificios a ciertos individuos sin contar con su consentimiento efectivo y sobre la base de que redundan en beneficio de la mayoría de la población; 2) el principio de la autonomía de la persona humana, que prescribe al Estado permanecer neutral respecto a los planes de vida individuales y a los ideales de excelencia humana y limitarse a facilitar la persecución de dichos planes e impedir la interferencia mutua en el curso de la misma; 3) el principio de la dignidad de la persona humana, según el cual, debemos juzgar y tratar a las personas de acuerdo con sus acciones voluntarias y no según otras propiedades y circunstancias como su raza, su sexo, sus creencias, etc.

La objeción que quizás pueda dirigirse a esta concepción de los derechos humanos es que se apoya excesivamente en la tradición individualista y liberal, lo cual hace que resulte difícil la justificación de los derechos sociales. Cabría por ello oponerle (o, quizás mejor, complementarla con) otra concepción y fundamentación de los derechos cuya inspiración provendría más bien de la tradición socialista y de lo que puede llamarse “comunitarismo de izquierda”. Sus principios básicos serían los siguientes: 1) el principio de las necesidades básicas, según el cual, todos los seres humanos tienen ciertas necesidades elementales (por ejemplo, la de alimentarse) que gozan de prioridad frente a las necesidades, que no sean básicas, de los otros seres humanos; 2) el principio de cooperación, según el cual, el desarrollo máximo y deseable del ser humano exige una cooperación activa por parte de los demás y, en particular, por parte de las instituciones sociales (estatales o no), y 3) el principio de solidaridad, que establece que cualquier ser humano sólo tiene derecho a un grado de desarrollo y de goce de bienes que no imposibilite a los demás alcanzar un grado de desarrollo equivalente.

Capítulo 8

Derecho y saberes jurídicos

Origen y desarrollo de la ciencia jurídica

Derecho y ciencia del Derecho

En uno de los primeros capítulos habíamos introducido la distinción entre normas (jurídicas) y proposiciones normativas y señalado que la misma podía — hasta cierto punto— permitirnos distinguir el Derecho de la ciencia jurídica, un código penal —pongamos por caso— de un tratado de Derecho penal. Sin embargo, la distinción entre el objeto y el estudio de ese objeto, que no parece ser problemática en la mayoría de las ciencias (una reacción química no se confunde con la fórmula que la describe, ni el comportamiento de los animales con un libro de etología o los acontecimientos históricos con los libros de los historiadores que los describen y explican) no es tan fácil de establecer en el caso del Derecho: al fin y al cabo, un tratado de Derecho es —o puede ser—, en algún sentido, Derecho positivo, Derecho vigente. Las “Instituciones” —una de las partes en que se dividía el *Corpus iuris civilis* de Justiniano— era una obra didáctica escrita para facilitar el aprendizaje del Derecho, pero fue promulgada como ley. Es decir, que al mismo tiempo que ciencia del Derecho, era Derecho vigente.

Ésta no es la única peculiaridad del saber acerca del Derecho que suele denominarse “doctrina jurídica”, “Jurisprudencia” o, con mayor frecuencia, “dogmática jurídica”. A diferencia de otros saberes jurídicos (como la teoría general del Derecho, la sociología jurídica o la filosofía del Derecho), el objeto de estudio del saber jurídico tradicional es un Derecho vigente en un determinado lugar y momento histórico. Y como los límites en los que rige un mismo Derecho positivo tienden a coincidir —al menos, desde la época moderna— con las fronteras de las naciones, la ciencia del Derecho ha sido y es una ciencia acusadamente *nacional*. Los dogmáticos no escriben libros de Derecho penal, de Derecho laboral o de Derecho administrativo, sino —pongamos por caso— tratados de Derecho penal *alemán*, de Derecho laboral *italiano* o de Derecho administrativo *español*. La ciencia del Derecho no puede dejar de reflejar el carácter plural y diverso de su objeto.

Ahora bien, la pluralidad de los Derechos positivos no impide que éstos se puedan agrupar en diversas familias o sistemas: se habla, por ejemplo, del sistema continental o romano-germánico, del sistema del *common law*, del sistema socialista (que es —o ha sido— un subsistema del primero) o de los sistemas religiosos (como el Derecho musulmán o los Derechos del Extremo Oriente). Los dos

primeros han tenido su origen en Europa y luego se han extendido por otras partes del mundo; el romano-germánico, por ejemplo, por todos los países de América latina, y el segundo por los Estados Unidos de América, gran parte del Canadá, Australia y la India. Y aunque la evolución histórica del *civil law* y del *common law* haya transcurrido por cauces separados, en ambos casos ha dado lugar a elaboraciones doctrinales de parecido nivel y que presentan características diferentes con respecto a los saberes jurídicos contruidos sobre otros sistemas jurídicos. Por ejemplo, en el caso del Derecho del Islam, la existencia de un texto sagrado, el Corán, que sigue considerándose la fuente última tanto del Derecho como de la moral o de la religión, ha llevado a la construcción de una ciencia jurídica que aún hoy permanece estrechamente ligada a la teología, lo que no es el caso del Derecho y de la ciencia del Derecho de origen europeo. Y, por otro lado, al partir de un texto no susceptible de modificaciones (frente a los sistemas de Derecho positivo evolucionados que incluyen normas para cambiar el resto de las normas del sistema), la ciencia jurídica islámica se ha servido de instrumentos y de técnicas que no siempre son parangonables a las de la moderna Jurisprudencia occidental.

Los primeros desarrollos de la Jurisprudencia

El origen de la ciencia del Derecho occidental está en la Jurisprudencia romana, lo que no deja de ser llamativo. Mientras que muchas otras tradiciones de la cultura occidental (por ejemplo, la escultura, la literatura o la filosofía) suelen remontarse a la Grecia clásica, en el caso de la Jurisprudencia el punto de partida es Roma. ¿Cuál es la razón de ello? Desde luego, los griegos poseyeron un Derecho, llevaron a cabo importantes obras de legislación (como la de Solón en Atenas o la de Licurgo en Esparta) y escribieron tratados de filosofía del Derecho de valor duradero... pero no conocieron la figura del *jurista*, del profesional del Derecho. Quienes desempeñaban las funciones jurídicas (de jueces, abogados, legisladores, etcétera), tanto en Grecia como en otros pueblos de la Antigüedad clásica, no poseían una especial preparación jurídica, sino que eran hombres políticos, expertos en retórica, miembros de las clases superiores... La figura del jurista es una creación original de Roma, pero el jurista romano —por lo menos, en el período de máximo desarrollo de la Jurisprudencia— no era un operador del Derecho, sino quien poseía y elaboraba los conocimientos técnicos necesarios para la realización práctica del Derecho.

Aunque la Jurisprudencia romana llega a su madurez en el último siglo de la República, puede hablarse de actividad doctrinal con anterioridad a esta fecha. De hecho [Cannata, 1996], parece que pueden distinguirse los siguientes períodos: la Jurisprudencia arcaica, que se desarrolla entre el siglo VIII y el final del III a.C.; la Jurisprudencia preclásica, que antecede a la época del Imperio; la Jurisprudencia clásica, que va desde el siglo I hasta mediados del III d.C.; y la Jurisprudencia postclásica, que puede centrarse en la época de Justiniano.

Un paso fundamental en el desarrollo de la Jurisprudencia lo constituyó la aparición de un texto legal escrito (lo que tiene lugar a mediados del siglo V a.C. con las XII Tablas): a partir de ese momento, los juristas dispusieron de un objeto de estudio bien delimitado que era preciso interpretar y desarrollar. Tuvo también una gran importancia el paso de una Jurisprudencia pontifical (hasta determinado momento, los expertos en Derecho fueron sacerdotes y las cuestiones jurídicas se conectaban estrechamente con las religiosas), a una Jurisprudencia de juristas laicos, que ejercen su profesión en nombre propio y no por su condición de miembros de un colegio pontifical; y la aparición junto al *ius civile* (cuya fuente era una ley fija: las XII Tablas), del *ius honorarium*, que se basaba en el edicto que el pretor fijaba anualmente y que los juristas no sólo interpretaban, sino que contribuían a establecer y modificar. La característica fundamental de la Jurisprudencia de la época clásica es el análisis casuístico llevado a cabo por los juristas. Su actividad fundamental consistía en la elaboración de respuestas, de soluciones, a los casos que les planteaban los particulares y que tenían fuerza vinculante para los jueces, en virtud de la autoridad que concedía el príncipe a los juristas más destacados (el *ius respondendi ex auctoritate principis*). Es interesante el hecho de que en esta época de máximo desarrollo de la Jurisprudencia no existieron propiamente centros de enseñanza del Derecho, aunque sí diversas tendencias doctrinales. El número de juristas fue siempre muy escaso, y su formación tenía lugar a partir del contacto personal entre maestros y discípulos. Lo que sí existió fue un método común que aseguraba la realización de una obra teórica y práctica homogénea.

A mediados del siglo VI, en el Imperio bizantino, se lleva a cabo la gran obra codificadora de Justiniano, compuesta por el *Código*, que era una recopilación de las leyes vigentes; el *Digesto* o *Pandectas*, que recogía las obras de la Jurisprudencia; las *Instituciones*, que era una obra didáctica escrita para el aprendizaje del Derecho; y las *Novelas*, consistentes en las leyes emanadas después del *Código*. El descubrimiento del *Corpus iuris* (así se llamó después al conjunto de la recopilación) al final de la Alta Edad Media (lo que fue posible, en gran medida, por la obra de conservación de la cultura desarrollada por la Iglesia) fue el hecho determinante de la aparición de una Jurisprudencia europea a partir del siglo XI.

En efecto, desde finales del siglo XI y hasta el XIII se desarrolló en el norte de Italia la escuela de Bolonia o de los glosadores, que es uno de los primeros productos culturales de la burguesía. El nombre de “glosadores” deriva del método característico de la escuela: la glosa. Los juristas boloñeses, siguiendo una actitud común de la época, partieron en sus elaboraciones de un texto considerado sagrado (el *Corpus iuris* y, en particular, el *Digesto*) que proporcionaba un principio de autoridad indiscutible: el Derecho romano transcrito por Justiniano será considerado desde entonces como la *ratio scripta*. Kantorowicz [1974] ha mostrado el paralelismo existente entre la medicina escolástica, volcada al comentario de las obras de los médicos de la Antigüedad y que se desarrollaba de espaldas a la realidad, y la Jurisprudencia de los glosadores, centrada en la interpretación de los

textos de Justiniano. El método de los glosadores se adoptó también en el estudio del Derecho canónico y dio lugar, a partir del siglo XII, a una escuela de decretistas que influyó de diversas maneras en el Derecho civil.

A comienzos del siglo XIV surgió en Italia una nueva dirección jurisprudencial: la escuela de los prácticos o de los comentadores (a veces llamada también de los postglosadores). El movimiento obedece a la renovación que había comenzado a sentirse en Europa desde finales del siglo XIII. En el campo de los estudios jurídicos, el conocimiento del Derecho romano, recibido a través de los glosadores, se utilizará para elaborar una metodología de la aplicación del Derecho que resultara válida, no sólo para las fuentes romanas, sino también para cualquier sistema jurídico. Los comentadores entienden la labor jurisprudencial como una técnica para la solución de los casos prácticos, una actividad de naturaleza predominantemente analítica y fragmentaria, que se contraponía al método más sistemático que los juristas humanistas (durante los siglos XIV y XV) habían ido desarrollando en Francia, también sobre las fuentes romanas. La toma de postura de la Iglesia católica a favor del *mos italicus* (el método de los comentadores) frente al *mos gallicus* determinó que los representantes del humanismo jurídico se vincularan al protestantismo y, en particular, al calvinismo.

A diferencia de lo que había ocurrido en Italia y en Francia, la influencia del Derecho romano en Inglaterra fue muy poco importante. Por otro lado, Inglaterra se constituyó muy pronto como reino unitario —con la conquista normanda del siglo XI—, lo que permitió la formación (sobre todo a partir del siglo XIII) de un Derecho común para todo el reino: el *common law*. Además, la existencia de una estrecha conexión entre los jueces y los abogados posibilitó la formación de una casta de juristas técnica y culturalmente muy homogénea, y con un considerable peso político; la enseñanza del Derecho en Inglaterra no tuvo como centro las universidades, sino las corporaciones de profesionales, lo que, naturalmente, le dio un carácter fuertemente pragmático. Las primeras obras de la Jurisprudencia inglesa datan del siglo XII y la más importante de las escritas en la Edad Media, el tratado de Bracton *De legibus* —del siglo XIII—, prefigura ya el famoso método del *case law*, esto es, el estudio casuístico del Derecho. A partir de esta época comienzan a aparecer las recopilaciones de casos que constituyen *precedentes* y que, por tanto, son vinculantes para los jueces según la regla del *stare decisis* (obligación de mantener la decisión tomada anteriormente para un caso igual o análogo). En definitiva, el Derecho inglés se configura históricamente como un Derecho jurisprudencial, basado en las decisiones de los jueces y no en normas generales y abstractas —en leyes—, y que, a pesar de no haber sufrido el influjo del Derecho romano, pero sí del Derecho canónico, resulta en muchos aspectos semejante al elaborado en Roma en la época clásica.

Muy distinto es el caso del Derecho alemán, que históricamente se caracteriza por un fuerte particularismo que, en cierto modo, es la consecuencia de su particularismo político; la unificación política en Alemania, como se sabe, sólo

se logra a finales del XIX. Pues bien, para resolver este problema, los juristas alemanes recurrieron, especialmente desde finales del siglo XV, al Derecho romano, que hizo así las funciones de un Derecho común. Este proceso de *recepción* del Derecho romano —que, en realidad, había empezado a notarse ya desde el siglo XIII— no tuvo lugar únicamente en el Derecho positivo, sino que lo que se recibió, en esencia, fue la ciencia de los comentadores, su método jurídico.

Durante los siglos XVII y XVIII, la Jurisprudencia europea aparece dominada por el iusnaturalismo racionalista. La metodología del iusnaturalismo de esta época se basa en el rechazo del principio de autoridad característico de la Edad Media que se reemplaza por procedimientos racionales, lógicos, que, según se cree, deben permitir enunciar las leyes inmutables y necesarias en que consiste la ciencia del Derecho (y, en general, cualquier ciencia). Como ha escrito Bobbio [1950, 1], los presupuestos en que descansa el iusnaturalismo racionalista, en cuanto concepción de la ciencia jurídica, son los siguientes: 1) existen leyes naturales —necesarias y universales— que regulan la conducta humana, y 2) el Derecho natural —la ciencia del Derecho natural— debe descubrir estas leyes apelando a la propia naturaleza del hombre. El método utilizado consistirá en establecer una serie de principios considerados inmutables —que, en general, coinciden con principios romanos— y, a partir de ahí, en deducir una serie de reglas, que en ocasiones llegaron a ser muy particulares y concretas, y que debían regular el comportamiento social del hombre. Fruto del iusnaturalismo fue el movimiento codificador del Derecho privado que tuvo lugar en la Europa continental en los siglos XVIII y XIX.

La ciencia jurídica moderna

La ciencia del Derecho tal y como hoy solemos entenderla —es decir, la dogmática jurídica— surge en Europa a comienzos del XIX y tiene tres grandes centros de desarrollo: Alemania, Francia e Inglaterra. En cada uno de estos países se desenvuelve —en forma relativamente autónoma— una tendencia de pensamiento jurídico que dejará una huella duradera: en Alemania, la escuela histórica del Derecho; en Francia, la escuela de la exégesis; y en Inglaterra, la Jurisprudencia analítica. Se trata de tres escuelas que difieren entre sí en múltiples aspectos, pero que tienen también un punto esencial en común: las tres participan del concepto de Derecho positivista. El Derecho no es ni más ni menos que el Derecho *positivo*, esto es, el Derecho *puesto*, bien sea por el autor de un código, por el “soberano”, o por el “pueblo” en su desenvolvimiento orgánico. Es muy importante aclarar que el positivismo jurídico, en cuanto concepción del Derecho, no implica el positivismo en cuanto concepción de la ciencia jurídica. El concepto de ciencia positivista se basa en el rechazo de la metafísica y de los valores y en la defensa del método de la observación y de la inducción. Por eso, una ciencia del Derecho positivista no podría ser otra cosa que una ciencia de hechos, y de ahí que quienes pretendieron trasladar este modelo al campo del Derecho —lo que sólo ocurre a partir de la segunda mitad del XIX— traten de encontrar el objeto de esta

ciencia en determinados hechos sociales y/o psicológicos. La verdadera ciencia del Derecho no puede ser la dogmática jurídica (que no parte en absoluto de hechos experimentales), sino la sociología o la psicología jurídica.

La escuela histórica del Derecho suele presentarse como una concepción romántica del Derecho (que pone el acento en su carácter *nacional y popular*), políticamente vinculada a la Restauración (como vimos anteriormente, su concepción de la historia es radicalmente conservadora: la historia no es progreso, sino tradición; la función del análisis histórico es justificar el presente desde el pasado) y de signo contrario a la Ilustración y a su concepto de razón como facultad crítica, capaz de descubrir verdades universales y absolutas. Para el principal representante de la escuela, F. K. von Savigny, debe rechazarse la idea de que el hombre puede crear racionalmente, *ex nihilo*, el Derecho (y de ahí su oposición a la promulgación de un código civil general para Alemania). El Derecho —como la lengua, las costumbres o el arte— es, por el contrario, un fenómeno histórico, producto del “espíritu de un pueblo”; el Derecho surge “en virtud de una fuerza interior, y tácitamente activa, jamás en virtud del arbitrio de ningún legislador”. Por lo demás, el concepto de “pueblo” de Savigny es una construcción metafísica, no la descripción de una realidad empírica: hace referencia a un organismo dotado de objetividad, anterior a la existencia de los individuos, que se sitúa por encima de ellos y que cuenta con un principio dinámico: su espíritu.

La escuela histórica, como se ha dicho, entendió el Derecho como un producto histórico y social (opuesto, en ese sentido, al Derecho natural), pero consideró que el Derecho positivo poseía en sí mismo una justificación inmanente y absoluta. Si prescindió del dualismo Derecho positivo/Derecho natural fue tan sólo para identificar ambos términos. La idea de un Derecho natural resultaba ahora innecesaria, porque el Derecho positivo se justificaba por sí mismo, por su propia existencia histórica. Además —lo que puede parecer contradictorio con su punto de partida—, el Derecho tendió a configurarse como un objeto cerrado en sí mismo y aislado tanto de consideraciones éticas como de la propia realidad histórico-social. La escuela histórica acabó así por producir —hacia la mitad del siglo— una ciencia del Derecho abstracta y formal que ha pasado a ser, incluso, uno de los modelos del formalismo jurídico: la Jurisprudencia de conceptos. El objetivo que se fijaba ahora para la ciencia jurídica era el de representar un determinado Derecho positivo mediante un sistema de conceptos; los conceptos jurídicos debían permitir, a su vez, deducir toda posible consecuencia jurídica, de manera que nos encontramos —como en el iusnaturalismo— con una ciencia del Derecho que, por medio de la lógica, cumple una función productiva: contribuye a crear su objeto, pues a partir de una serie de conceptos o principios fundamentales es capaz de deducir nuevos conceptos, nuevas normas. El método (la pandectística) recibió una consagración práctica en el Código civil alemán de 1900 y, desde finales del XIX, se aplicó también en el Derecho público.

La principal diferencia entre la situación jurídica en Alemania y en Francia a

comienzos del XIX estriba en la existencia en este último país de una codificación unificadora de todo el Derecho privado: el *Code civil* o Código de Napoleón, de 1804. Y esto, a su vez, fue posible porque Francia contaba con una clase burguesa mucho más sólidamente establecida que en Alemania (el movimiento codificador está estrechamente vinculado con los ideales burgueses de racionalización y previsibilidad) y con una clase homogénea de juristas que hacía posible una aplicación uniforme del Código. Por otro lado, al partir de un sistema de Derecho cuyas fuentes estaban bien fijadas, la ciencia del Derecho francesa —la escuela de la exégesis— no se plantea, como la alemana, la necesidad de desplegar una actividad en el fondo creadora. El Derecho no es aquí el producto orgánico del desarrollo histórico, sino resultado de la voluntad del legislador: alcanza su plenitud desde el primer momento en que surge a la vida. La escuela de la exégesis está vigente a lo largo de todo el siglo XIX, si bien hacia 1880 entra en una fase de decadencia. Sus características principales son el culto a la ley; la identificación entre ley y Derecho (sin abandonar por ello el Derecho natural: los principios del *Code* son los del Derecho natural); la concepción de la interpretación como una operación consistente en descubrir la voluntad, la intención, del legislador; la reducción del Derecho a Derecho estatal; y el culto a la autoridad y al precedente.

La Jurisprudencia analítica inglesa se inicia también a comienzos del XIX, aunque sus orígenes puedan rastrearse en el nominalismo inglés, en Hobbes, y, desde luego, en el utilitarismo de Bentham. Su creador, John Austin, tomó de Bentham la idea de que el Derecho es un conjunto de mandatos dirigidos por el soberano a los súbditos y respaldados por la coacción; y entendió por “soberano” aquel poder supremo que es generalmente obedecido en una sociedad política. Aceptó también de Bentham la idea de que el Derecho es un medio, un instrumento para ordenar la sociedad y, por tanto, un factor de cambio social. Pero no consideró, como lo había hecho Bentham, que la Jurisprudencia fuera un saber puramente pragmático (una simple técnica), sino que pensó que era posible edificar una verdadera ciencia del Derecho. Para ello parte, por un lado, de una distinción nítida entre lo que *es* y lo que *debe ser* Derecho: de lo que es el Derecho se ocupa la *Jurisprudencia*, y de lo que debe ser, la *ciencia de la legislación* que, en su opinión, presupone la existencia de la Jurisprudencia. Por otro lado, Austin distingue el Derecho en cuanto singularidad histórica, esto es, los Derechos positivos, del Derecho pensado en abstracto: los principios, nociones y distinciones que son comunes a los diversos sistemas de Derecho; por ejemplo, los conceptos de deber, derecho, libertad, delito, pena, etcétera. El estudio de los Derechos positivos corresponde a lo que llama *Jurisprudencia particular o nacional*, que considera como una actividad puramente práctica. Mientras que el estudio de la forma del Derecho, de los conceptos que son comunes a los diversos sistemas jurídicos y que pueden extraerse a través de la inducción y del *análisis*, dará lugar a una verdadera ciencia del Derecho: la *Jurisprudencia general* o, simplemente, *Jurisprudencia*. En su opinión, esta última es una ciencia construida *a posteriori*, pues los conceptos se obtienen a partir del análisis de la experiencia, por la confrontación entre los diversos Derechos históricos. Sin embargo, el propio Austin consideraba que tan

sólo merecían atención los sistemas de dos o tres naciones (“los escritos de los juristas romanos, las decisiones de los jueces ingleses en la época moderna y los preceptos de los códigos franceses y prusianos en cuanto a la sistemática”), y sus sucesores pensaron que si los conceptos se daban, en realidad, en todos los Derechos, bastaba con analizar uno sólo de ellos (el Derecho inglés). En conclusión, la Jurisprudencia analítica abrió el camino para una ciencia formal del Derecho que no se planteó básicamente el estudio del Derecho positivo, del Derecho vigente, sino del sistema de conceptos a que se reducía el Derecho.

La revuelta contra el formalismo

En cuanto concepción de la ciencia jurídica, el formalismo significa la tendencia a configurarla según el modelo de las ciencias lógico-formales o deductivas: la tarea de la ciencia jurídica consiste en organizar lógica y sistemáticamente un determinado material —las normas jurídicas— de cara a facilitar su aplicación. De esta forma, la propia aplicación del Derecho va a aparecer también como una operación lógica, cuya conclusión será el resultado de una serie de procesos deductivos y en donde los aspectos de carácter sociológico, psicológico, ético, etc., no jugarán ningún papel; lo que importa es que las decisiones se adopten en conformidad con las normas preestablecidas (en leyes o en precedentes), no que produzcan consecuencias que puedan estimarse adecuadas. Esta manera de entender el Derecho obedece a lo que Max Weber denominó racionalidad formal. Y el hecho de que tal modelo de racionalidad fuera aceptado, o presupuesto, en el siglo XIX por las diversas direcciones de la ciencia jurídica europea (siguiendo, por otro lado, tendencias ya existentes) se explica, como señaló el propio Weber [Febbrajo, 1976], por una serie de factores históricos favorables: la constitución de un Estado que monopoliza la producción y sanción —en el sentido de asegurar su aplicación coercitiva— del Derecho; la difusión de modelos de organización social de carácter burocrático; o la ascensión al poder de grupos sociales —la clase burguesa— interesados en exaltar el valor de previsibilidad del Derecho para poder simplificar sus cálculos económicos. Por eso, cuando este modelo de organización, es decir, el Estado liberal de Derecho, entra en crisis, comienzan también los ataques contra el formalismo en el Derecho y en la ciencia del Derecho. Lo que se ha llamado la “revuelta contra el formalismo” es un movimiento que surge tanto en Alemania como en Francia y en los Estados Unidos a partir de las dos últimas décadas del siglo XIX, y con matices propios en cada uno de estos países.

En Alemania, la revuelta se dirige contra el formalismo de la Jurisprudencia de conceptos y es, sobre todo, obra de Ihering, el cual había comenzado su labor teórica siendo uno de los más destacados representantes de esa concepción. Pero en una segunda etapa, Ihering se opuso tanto a la escuela histórica como a la Jurisprudencia de conceptos, derivada de la primera. Frente a la escuela histórica puso de manifiesto que el Derecho no era fruto de un desarrollo orgánico, sino obra humana consciente, medio para la consecución de fines. Y frente a la

Jurisprudencia conceptual defendió con vigor la consideración del Derecho, no como un sistema de proposiciones abstractas, sino como una idea de fuerza. Su concepción del Derecho se basa ahora en la combinación de dos elementos, el Derecho como orden coactivo y como fin; Derecho para Ihering es “la forma de garantía del conjunto de las condiciones de vida de la sociedad aseguradas por el poder estatal por medio de la coacción externa”. Además, Ihering tomó muy en cuenta la doctrina utilitarista de Bentham para diseñar una teoría de la interpretación y aplicación del Derecho enfocada desde el punto de vista de las consecuencias sociales que producen tales operaciones. Este aspecto de su obra dio lugar, en el siglo XX, a una dirección que tuvo gran influencia en la práctica jurídica alemana: la Jurisprudencia de intereses. Partiendo de la idea de que el fin último de los jueces no es otro que el de la satisfacción y equilibrio entre diversos intereses, se trataba de sustituir el método de la subsunción por el análisis ponderado de los intereses (un concepto este último, por lo demás, no del todo claro).

En el contexto del *common law*, la aplicación del Derecho en Inglaterra y en los Estados Unidos resultaba lastrada por el peso de los precedentes, de la tradición, lo que dificultaba un desarrollo del Derecho acorde con los nuevos intereses sociales. La Jurisprudencia analítica de Austin estuvo vigente en Inglaterra también durante buena parte del siglo XX, pero no así en los Estados Unidos, en donde la revuelta contra el formalismo (en este caso, contra el formalismo jurisprudencial, consistente en reducir el Derecho y el estudio del Derecho a una serie de casos paradigmáticos considerados en sus aspectos conceptuales y prescindiendo de sus conexiones con cuestiones sociales o éticas) la inició el juez Holmes. Éste reaccionó frente a una manera de entender el Derecho que llevaba a estimar como el mejor argumento a favor de una norma el hecho de que ésta hubiese estado vigente “desde tiempos de Enrique IV”. Frente al peso de la tradición, hizo hincapié en los elementos empíricos y pragmáticos del Derecho: el equivalente de la frase de Ihering de que “el Derecho no es una idea lógica, sino una idea de fuerza” lo encontramos en esta otra del norteamericano: “la vida del Derecho no ha sido lógica, sino experiencia” (experiencia judicial). Por otro lado, su famosa definición del Derecho como “las predicciones de lo que los jueces harán de hecho” abrió el camino a un movimiento que adquirió un gran auge en las primeras décadas del siglo XX: el realismo jurídico norteamericano. La Jurisprudencia para Holmes tiene un carácter eminentemente práctico: el objetivo de la misma no es el conocimiento puro del Derecho, sino el desarrollo del mismo sobre una base empírica: “cuando estudiamos el Derecho no estudiamos un misterio, sino una profesión bien conocida. Estudiamos lo que será preciso para ir ante los jueces o para aconsejar a la gente cómo han de hacer para mantenerse alejados de los tribunales”.

Finalmente, la revuelta contra el formalismo en Francia adoptará la forma de revuelta contra el formalismo *legal*. El blanco de las críticas es, naturalmente, la escuela de la exégesis, uno de cuyos representantes había llegado a exclamar: “¡Yo

no conozco el Derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón!” El movimiento lo encabeza François Geny, el cual critica todos los postulados fundamentales de la escuela. Según Geny, los integrantes de la exégesis habían incurrido en un verdadero “fetichismo de la ley”, pues el Derecho positivo no se agota en la ley; ni siquiera puede reducirse a Derecho estatal. Por otro lado, el ordenamiento jurídico considerado como ordenamiento estatal no es completo; constantemente surgen supuestos de lagunas jurídicas que hacen que el juez tenga que recurrir a la “libre investigación científica” de los datos, de la realidad preexistente a las normas jurídicas: ello prueba, al mismo tiempo, que el juez no puede considerarse como un mero aplicador del Derecho, ya que él mismo contribuye a descubrirlo, a elaborarlo.

Ciencia del Derecho y saberes jurídicos

Al comienzo del capítulo se esbozó una caracterización previa de lo que suele denominarse “ciencia” jurídica. Sin embargo, no hay una única disciplina que se refiera al Derecho, sino un cúmulo de saberes que tienen estatutos epistemológicos distintos: unos (como la propia dogmática jurídica) son técnicas dirigidas a facilitar la aplicación y, en general, el funcionamiento del Derecho; otros pueden considerarse como partes —con especificidades de mayor o menor calado— de ciencias formales (la lógica jurídica) o de ciencias sociales o humanas (la historia del Derecho, la sociología jurídica, la antropología jurídica...); otros son el resultado de trasladar al Derecho métodos provenientes de otras disciplinas (el análisis económico del Derecho) o de la aplicación en el Derecho de innovaciones tecnológicas (como es el caso de la informática jurídica); y hay, por supuesto, una filosofía del Derecho que se interesa por los fenómenos jurídicos desde una perspectiva que no es ni la de las ciencias ni las de las técnicas, aunque tenga en cuenta a ambas. Por supuesto, estos distintos saberes están interconectados —en ocasiones de manera muy estrecha— y, además, algunos de ellos son internamente polémicos, en el sentido de que no hay acuerdo entre sus propios cultivadores respecto a cuáles son los objetivos fundamentales, los métodos a utilizar, etc.

La ciencia jurídica por antonomasia, el saber jurídico tradicional, es lo que hoy se suele llamar dogmática jurídica. Esta denominación proviene del positivismo y hace referencia al hecho de que no parte (como la ciencia positivista) de hechos experimentales, sino de proposiciones dadas e intocables, las normas de un Derecho positivo, que operarían como dogmas. Veamos una caracterización algo más precisa de la misma, atendiendo a su objeto, a su método y a sus funciones. Eso nos va a permitir también mostrar cuáles son sus principales diferencias (y sus conexiones) con algunos de los otros saberes jurídicos.

Diferencias en relación con el objeto

En primer lugar, el objeto de estudio de la dogmática jurídica es un fragmento de un sistema jurídico vigente. Este carácter *nacional* del que ya antes se

ha hablado es un rasgo diferencial de la dogmática con respecto a todos los otros saberes jurídicos pero, en particular, respecto a la teoría general del Derecho (cuyo objeto es el Derecho en general, no un sistema jurídico en particular), al Derecho comparado (que efectúa análisis en los que entran en juego más de un sistema jurídico) y a la Historia del Derecho (que se interesa por el Derecho que estuvo vigente en el pasado).

La teoría general del Derecho se ocupa del análisis de los conceptos jurídicos fundamentales, aquellos que son comunes a los diversos sistemas jurídicos o a las diversas ramas del Derecho (norma, sanción, responsabilidad, deber, derecho subjetivo, interpretación, aplicación...). Se sitúa, pues, en un nivel de abstracción superior al de la dogmática jurídica. Anteriormente hemos visto la distinción que efectuaba Austin entre la Jurisprudencia particular o nacional y la Jurisprudencia general o Jurisprudencia sin más. A partir de la segunda mitad del XIX se desarrolló también en Alemania una concepción que entroncaba con la escuela histórica y que se llamó “teoría general del Derecho” (*Allgemeine Rechtslehre*). Partía de la existencia de una ciencia jurídica dividida en una serie de ramas correspondientes a los diversos sectores del ordenamiento (Derecho civil, mercantil, penal, etc.) en las que, a su vez, se distinguía una parte general y una parte especial. Su objetivo era elaborar, a través de un proceso inductivo, una teoría general del Derecho que se ocupara de los elementos comunes a todas ellas. Surgiría así una ciencia del Derecho unitaria y sintética, pero de base empírica, cuya función no sería sustituir a las diversas dogmáticas, sino a la filosofía del Derecho o, más bien, al Derecho natural. Para estos autores, la teoría general del Derecho sería la única filosofía del Derecho posible.

De alguna manera, la lógica jurídica forma parte también hoy en día de la teoría general del Derecho o de la “teoría del Derecho” (esta última ha pasado a ser una denominación más frecuente). Entendida la lógica en el sentido estricto de lógica formal o deductiva (se habla de “lógica” en otros muchos sentidos: lógica del mercado, lógica del desarrollo histórico, etc.), la lógica jurídica tiene dos grandes campos de aplicación en el Derecho [Bobbio, 1965]. Por un lado está la *lógica del Derecho*, esto es, el análisis formal (prescindiendo enteramente de su contenido) de las normas y de los sistemas normativos; es ésta una disciplina que ha tenido un gran desarrollo desde los años cincuenta y a la que se suele denominar *lógica de las normas* o *lógica deóntica*. Pero, por otro lado, estaría la *lógica de los juristas*, entendida como el análisis (lógico) de los razonamientos que éstos efectúan en el proceso de establecimiento, interpretación y aplicación del Derecho; como vamos a ver en el próximo capítulo, la argumentación jurídica no puede reducirse a lógica, pero la lógica (la lógica deductiva) juega en ella un papel de gran importancia. En consecuencia, el análisis de los conceptos básicos del Derecho en que consiste la teoría general del Derecho no puede hacerse hoy en día de espaldas a la lógica.

El origen del Derecho comparado (y de la antropología jurídica) como

disciplina organizada sistemáticamente (la utilización de métodos comparativos es mucho más antigua: Aristóteles había escrito una obra comparando las diversas constituciones de los pueblos griegos) está en una serie de autores de finales del XIX y comienzos del XX como Maine en Inglaterra, Morgan en Estados Unidos, Fustel de Coulanges en Francia o Post, Bachofen y Kohler en Centroeuropa. En líneas generales, su método consistirá en confrontar, *comparar*, diversos sistemas jurídicos en momentos distintos de su evolución para construir una teoría genética y causal del Derecho. Se trata de descubrir la ley o las leyes que rigen el nacimiento y la vida del Derecho. Para Maine, por ejemplo, esta ley de evolución se encuentra en el paso del *status* al *contrato*, esto es, de un tipo de sociedad basada en relaciones en las que el individuo no es libre, sino que su posición social queda fijada por el hecho del nacimiento y no puede ser modificada por la voluntad de los individuos, a otro tipo de organización social —propio de sociedades más progresivas y complejas— en la cual los individuos pueden determinar voluntariamente sus relaciones jurídicas y, por tanto, su posición en la sociedad. Además, a la comparación de Derechos se recurrió también, desde la segunda mitad del XIX, como instrumento de política legislativa. El estudio de la *legislación comparada* debía servir, en efecto, para proporcionar indicaciones y sugerencias útiles destinadas a la redacción de los nuevos códigos y leyes, y éste es el motivo de que la utilización del método comparativo quedase circunscrita, en general, a los sistemas de una misma familia jurídica. En el siglo XX, el Derecho comparado (o, mejor, la comparación de Derechos) se ha desarrollado bajo el impulso de la unificación legislativa (piénsese en el caso de la Unión Europea) y de la armonización de los sistemas jurídicos, como consecuencia del aumento progresivo de las relaciones de interdependencia internacionales, sobre todo en materia económica y comercial. Pero el estudio del Derecho comparado cumple en sí mismo una función importante: la de ayudar a conocer mejor el propio Derecho, de la misma manera —podríamos decir— que el conocimiento de otra lengua nos ayuda a conocer mejor la propia.

En cierto modo, el Derecho comparado opera como una especie de eslabón entre la dogmática jurídica y la teoría general del Derecho; de hecho, se pueden distinguir dos niveles distintos de comparación: el uno consiste en la comparación entre los diversos sectores o instituciones de un mismo sistema jurídico (es la vía seguida por la *Allgemeine Rechtslehre*), y el otro en la comparación entre diversos ordenamientos jurídicos (que es el camino emprendido en principio por la *General Jurisprudence* de Austin). La dogmática jurídica, el Derecho comparado y la teoría general del Derecho tienen, con todo, un importante elemento en común: son disciplinas de las que se ocupan en exclusiva los juristas, y que no pueden reconducirse al campo de ninguna otra especialidad no jurídica.

Como disciplina científica, la Historia del Derecho surge en el siglo XIX a partir de la escuela histórica. Para Savigny, el conocimiento de la historia del Derecho de cada pueblo era una condición indispensable para la construcción de una ciencia sistemática del Derecho; tiene, cabría decir, un valor instrumental y

forma parte de la ciencia jurídica —de la dogmática jurídica— más bien que de las ciencias históricas. Hoy, sin embargo, tiende a prevalecer la posición de que la Historia del Derecho es una especialidad de la historiografía, aunque con peculiaridades propias [Tomás y Valiente]. Por otro lado, mientras que Savigny y la mayoría de los autores de su escuela cultivaron, en esencia, la Historia del Derecho privado —en particular, la del Derecho civil—, en el siglo XIX se desarrolló otro movimiento tanto en la Europa continental (Waitz) como en Gran Bretaña (Pollock, Maitland) que se centró en la historia constitucional y cultivó una historiografía jurídica estrechamente vinculada con la historia política, social y económica. De la Historia del Derecho forma parte también el Derecho romano (y, en buena medida, también el Derecho canónico) en cuanto estudio de un determinado ordenamiento jurídico que estuvo vigente durante un amplio lapso, alcanzó un considerable nivel de complejidad e influyó decisivamente en la configuración de los sistemas jurídicos europeo-continentales.

Naturalmente, el hecho de que se trate de disciplinas distintas no significa que deban permanecer de espaldas las unas a las otras. De hecho, no es imaginable una dogmática jurídica de auténtico valor sin una suficiente perspectiva histórica y comparativa y que no proceda a un análisis riguroso de los conceptos que utiliza.

En relación con el método

En segundo lugar, en relación con el método, lo que caracteriza a la dogmática jurídica es el punto de vista interno o normativo desde el cual opera. Los enunciados dogmáticos se emiten desde la perspectiva del aceptante, de alguien que considera a las normas como guía de conducta y criterio de justificación y de crítica. Difiere, por tanto, de la perspectiva del sociólogo que se limita a describir y explicar (desde un punto de vista externo) la conducta de los individuos regulada por normas jurídicas; de la del historiador que hace lo propio con un Derecho del pasado; de la del crítico social que denuncia la injusticia de un sistema o de algún aspecto del mismo; o del que considera las normas jurídicas como instrumentos políticos, como medios para obtener ciertos fines. Esto no quiere decir que la dogmática deba construirse completamente al margen de cualquier consideración histórica, social, moral o política (aunque a veces se haga —o pretenda hacerse— así), pero sí que ese tipo de orientación debe tener un límite, pues en otro caso la dogmática dejaría sencillamente de ser un mecanismo que facilita el funcionamiento y desarrollo del Derecho válido, velando al mismo tiempo por la seguridad jurídica, es decir, haciendo que los actos de las autoridades y de los ciudadanos en general, o quizás mejor, las consecuencias jurídicas de esos actos, resulten relativamente previsibles.

Esta segunda característica permite diferenciar a la dogmática jurídica de la ética jurídica (en cuanto parte de la filosofía del Derecho), de la política jurídica (como parte, a su vez, de la teoría y de la técnica de la legislación), de la antropología jurídica, de la psicología jurídica y, sobre todo —como ya se ha dicho

—, de la sociología del Derecho.

La reflexión sobre el carácter social del Derecho tiene, naturalmente, unos orígenes muy remotos que pueden remontarse al pensamiento de algunos sofistas (como Trasímaco) o a las obras de Aristóteles, de Vico o de Montesquieu. Sin embargo, la sociología en cuanto *ciencia* social tiene un origen más reciente que la *filosofía* social, y que suele situarse hacia finales del XVIII o comienzos del XIX. Ahora bien, los primeros “sociólogos” manifestaron una actitud bastante hostil hacia el Derecho: tanto Saint-Simon como Comte o Marx construyeron teorías de la evolución de la sociedad en las que los elementos jurídicos y políticos pasan a un segundo plano en relación con los factores económicos y sociales; y por parte de los juristas, como ya hemos visto, el clima no era tampoco favorable para la constitución de una sociología del Derecho: los principales representantes de la ciencia jurídica del XIX desarrollaron concepciones del Derecho que tendían a aislarlo de los fenómenos sociales. Hacia finales del XIX es cuando se franquean los obstáculos teóricos que bloqueaban el camino para la constitución de una sociología del Derecho. Desde el campo de los estudios jurídicos, la apertura hacia la sociología la encabezaron los juristas que encuadramos en el movimiento de “revuelta contra el formalismo”. Y desde el campo de la sociología, tanto en la obra de Durkheim como en la de Spencer o Tönnies, el Derecho juega un papel destacado: lo que caracteriza a la teoría de la evolución social de Spencer es el paso de las sociedades de tipo militar —con predominio del *status*— a las sociedades industriales, que se basan en el *contrato*; para Durkheim, el Derecho es lo que sirve para diferenciar las dos formas de solidaridad posibles: la solidaridad mecánica, propia de las sociedades primitivas, que se caracteriza por el predominio del Derecho represivo, y la solidaridad orgánica, propia de las sociedades evolucionadas, que se caracteriza por el predominio del Derecho cooperativo o Derecho dotado de sanciones reparadoras; esta última distinción es muy semejante a la que había trazado algunos años antes Tönnies entre *comunidad* (*Gemeinschaft*) y *sociedad* (*Gesellschaft*). De todas formas, el verdadero fundador de la sociología jurídica ha sido seguramente Max Weber (1864-1920) [v. Treves, 1988]. En su concepción del Derecho aparecen unidas la teoría jurídica de la coerción con la teoría política de la legitimación del poder: el Derecho lo define como un ordenamiento legítimo cuya validez está garantizada desde el exterior mediante la posibilidad de la coerción. Además, como en parte ya se ha visto antes, Weber defendió una serie de tesis que han tenido una gran influencia en otros sociólogos del Derecho: la progresiva racionalidad del Derecho y la conexión entre el capitalismo, el Estado moderno y el Derecho racional-formal; la neutralidad de la ciencia y, por tanto, la diferenciación entre la política (que fija los fines) y la ciencia (que se limita a señalar los medios adecuados para cumplir ciertos fines); la distinción y separación entre la ciencia jurídica (que estudia los contenidos de las normas jurídicas) y la sociología del Derecho (que se ocupa de los comportamientos de los miembros de un grupo en relación con las normas jurídicas vigentes); o la concepción funcional de la sociedad (aunque quizás sea cierto que en la extensa y compleja obra de Weber hay también base para sostener

una teoría diferente de la sociedad) de la que se habló en el capítulo 6.

Después de la segunda guerra mundial, lo que caracteriza a la sociología del Derecho es el desarrollo de numerosas investigaciones empíricas, aunque ello no quiera decir que se haya prescindido de la elaboración de teorías; de hecho, el sociólogo más influyente en los últimos años ha sido quizás Niklas Luhmann, el cual ha desarrollado una sociología en términos de una máxima (quizás exagerada) abstracción. El carácter híbrido o de cruce de la sociología del Derecho lleva a que esta disciplina pueda —y suela— ser cultivada tanto por juristas como por sociólogos, de lo cual resultan dos enfoques característicamente diferentes. Los juristas se interesan, sobre todo, por construir una sociología *en* el Derecho que pueda servir como un instrumento útil en la tarea de elaborar y aplicar un sistema de Derecho positivo; para muchos juristas actuales, la introducción del análisis sociológico en el Derecho constituye, en esencia, un correctivo frente a la tendencia hacia el formalismo del saber jurídico tradicional, de la dogmática jurídica. Los sociólogos, sin embargo, propenden a la construcción de una sociología *del* Derecho en cuanto disciplina que cumple una función eminentemente cognoscitiva. La sociología del Derecho aparece como una rama de la sociología general, que utiliza sus mismos métodos y que, incluso, se extiende por todos los campos de las sociologías particulares (el de la sociología de las profesiones, de la familia, de las relaciones laborales, de la política, del conocimiento, etcétera); por algo, como ya sabemos, el Derecho está presente en todos los sectores sociales.

Otra cuestión interesante es la de la autonomía o no de la ciencia jurídica — la dogmática jurídica— en relación con la sociología del Derecho. Aquí se puede hablar de dos tendencias. Una, representada por sociólogos como Weber y Luhmann y por juristas como Kelsen y, con matices, Hart, ha mantenido la tesis de la separación. La otra, de la que forman parte autores como Ehrlich, Pound, Geiger, Ross o los marxistas ha defendido —con diferentes matices— la necesidad de una ciencia integrada del Derecho. En realidad, no puede desconocerse que la pretensión de construir una dogmática orientada sociológicamente (hacia las consecuencias sociales y no sólo hacia las normas válidas) plantea dificultades que no son sólo ideológicas; Luhmann [1983], por ejemplo, ha subrayado la dificultad que tendría este tipo de dogmática para seguir cumpliendo una función de seguridad jurídica. Pero, por otro lado, una orientación más sociológica de la dogmática jurídica es condición necesaria para que ésta pueda adaptarse a las nuevas funciones que desempeña el Derecho en la sociedad contemporánea.

Y en relación con la función

Esto último tiene que ver con la caracterización de la dogmática jurídica desde el punto de vista de su función y que consiste, en esencia, en suministrar criterios para la aplicación de las normas vigentes y para la estabilización y cambio del sistema jurídico (digamos, un cambio coherente: de acuerdo con los principios del sistema). El jurista teórico ha cumplido siempre una función normativa, en el

sentido de que contribuye a conformar el Derecho, por más que esa función haya permanecido muchas veces oculta por razones ideológicas. Es cierto que la dogmática jurídica describe ordenadamente un sector del ordenamiento jurídico (el Derecho civil, el penal, el administrativo...) y elabora un sistema conceptual con el que aprehender esa materia. Pero estas últimas son funciones subordinadas a la primera. Dicho de otra forma: la dogmática jurídica cumple una función eminentemente práctica, constituye una técnica —si se quiere, una técnica de segundo grado, en relación con la del juez, el abogado, etc.— y no propiamente una ciencia. Lo que la caracteriza —como a la investigación técnica— es que no trata sin más de explicar un acontecimiento, sino de explicar cómo se puede producir un determinado resultado, dadas ciertas condiciones; por ejemplo, de qué manera se puede interpretar un determinado fragmento del Derecho para lograr una solución razonable a un cierto problema. Su fin no es propiamente conocer, sino obtener ciertos resultados prácticos valiéndose de ciertos conocimientos.

La vieja discusión sobre si la Jurisprudencia es una técnica o una ciencia (que se plantea ya en el Digesto) ha estado muchas veces oscurecida por una cuestión de tipo ideológico: dado el prestigio que rodea a todo lo científico, negar que la Jurisprudencia sea una actividad de carácter científico ha ido muchas veces de la mano de un juicio crítico sobre el valor de esta última. Pero ambas cuestiones deben separarse.

La dogmática cumple en general una función social útil (lo que no quiere decir que todos los escritos de dogmática lo sean), puesto que un sistema jurídico que no contara con ese tipo de elaboración podría resolver menos problemas (prácticos) o los resolvería peor. La expresión “dogmática jurídica” tiene sin duda algo de chocante, pero eso no debe llevar a engaño: por un lado, en la vida social siempre hay ciertas premisas que no se discuten, e incluso en la ciencia los dogmas cumplen una función relevante [v. Kuhn, 1979]; por otro lado, la denominación sugiere una proximidad entre este tipo de saber y otros como la “teología dogmática” que, sin embargo, no debe exagerarse: mientras que en la teología los dogmas tienen carácter inmutable, las normas jurídicas no sólo pueden cambiarse —en esto consiste la positivización que caracteriza al Derecho moderno— sino que una importante función de la Jurisprudencia consiste precisamente en contribuir a ese cambio.

Subrayar el carácter técnico de la Jurisprudencia no tiene por qué suponer un desprestigio para esa actividad. Todo lo contrario, poseer una conciencia más clara de cuál es su naturaleza, sus objetivos, etc., puede contribuir bastante a la construcción de una dogmática más adecuada, más útil para la práctica y, en definitiva, más apreciada por los diversos operadores del Derecho.

Por lo demás, en las últimas décadas se ha venido desarrollando una técnica jurídica que, a diferencia de la dogmática, se orienta no hacia la aplicación e interpretación del Derecho, sino hacia la producción del mismo. Esto es una

consecuencia del ritmo intenso de cambio de nuestras sociedades, lo cual requiere una modificación constante de las normas jurídicas que ha hecho surgir una nueva profesión jurídica: la del *draftman* o redactor de normas jurídicas. Mientras que la dogmática tradicional parte de las leyes (de las normas jurídicas) en cuanto dato que ha de utilizar para, a partir de ahí, tratar de conseguir como resultado la optimización de la interpretación y aplicación de las normas, la técnica legislativa toma igualmente como dato a las normas jurídicas ya existentes, junto con las necesidades sociales, las peculiaridades del lenguaje jurídico, los propósitos políticos, etc., y a partir de ahí trata de conseguir, como resultado, la optimización de la producción de las normas: leyes, normas administrativas o incluso contratos entre particulares. Una y otra técnica, sin embargo, tienen muchos rasgos en común y deben verse como actividades encaminadas a un mismo fin: incrementar la racionalidad del Derecho considerado como fenómeno unitario.

En el desarrollo de ambas técnicas tiene una gran incidencia la informática jurídica, entendida como la utilización de los ordenadores en el Derecho. En realidad, el uso de los ordenadores ha significado para el conjunto de las prácticas y de los saberes jurídicos una revolución quizás sólo comparable con lo que supuso en el pasado la introducción de la escritura (que hace posible el paso de un Derecho consuetudinario a un Derecho legal) o de la imprenta (sin cuya difusión no sería imaginable por ejemplo el proceso de codificación). El lenguaje informático [v. García Camarero, 1983] supone una síntesis de los aspectos más ventajosos del lenguaje oral (dinamicidad) y del lenguaje escrito (perdurabilidad) e impreso (transmisibilidad) superando al mismo tiempo los inconvenientes que plantea cada uno de ellos por separado: el lenguaje oral no permite, en general, la adquisición y acumulación del conocimiento; el lenguaje escrito e impreso presenta grandes dificultades para modificar y sintetizar la información almacenada, para localizar una información específica dentro de un *corpus* amplio, etcétera. Podría decirse que si la revolución industrial supuso que la máquina pasaba a sustituir al hombre en la realización de una serie de trabajos físicos, la revolución informática se caracteriza por la utilización de las nuevas máquinas, de los ordenadores, para efectuar trabajos intelectuales. Con ello, las relaciones sociales resultan profundamente alteradas y, en consecuencia, también el Derecho en cuanto sistema de regulación social. La informática altera profundamente el manejo de los materiales jurídicos (informática jurídica documental), la organización burocrática del trabajo (informática jurídica de gestión), facilita la toma de decisiones jurídicas llegando a hacer que los ordenadores realicen las tareas típicas de los profesionales del Derecho (construcción de sistemas jurídicos expertos), proporciona conceptos y métodos que contribuyen a un mejor conocimiento del Derecho (informática jurídica teórica) y genera una nueva rama del Derecho y una nueva disciplina vinculadas con la regulación jurídica del uso de los ordenadores (el Derecho de la informática).

La función de la filosofía del Derecho en el conjunto de la cultura jurídica es semejante a la que desarrolla el Derecho en el conjunto de la sociedad. Del Derecho

hemos dicho que es un sistema de control social que supervisa y, en alguna medida, dirige el funcionamiento de las instituciones sociales; lo jurídico no es atributo exclusivo de ciertos sectores o instituciones sociales sino que, como el aire en el mundo físico, está por todas partes. La filosofía del Derecho no tiene tampoco un terreno acotado en exclusividad. El filósofo del Derecho es una especie de intermediario entre las prácticas y los saberes jurídicos, por un lado, y el resto de las prácticas y de los saberes sociales, por el otro. Debe ser capaz de dar una visión totalizadora del fenómeno jurídico que cumpla además tanto una función crítica (de supervisión del uso de conceptos y métodos) como también de orientación práctica (aunque sólo sea en un sentido negativo: mostrando lo que *no* debe ser el Derecho o cómo *no* deben construirse los saberes jurídicos). Aunque propiamente no se pueda hablar de partes en la filosofía del Derecho, es usual distinguir tres sectores que se corresponden con las tres cuestiones esenciales de qué es el Derecho (ontología o teoría del Derecho), cómo se puede conocer (teoría de la ciencia jurídica) y cómo debería ser (teoría de la justicia). Sin entrar en más precisiones, podría decirse (lo cual puede tomarse como una especie de definición ostensiva) que lo que vimos en los primeros capítulos de este libro pertenece a la teoría del Derecho, el anterior cae, obviamente, dentro de la teoría de la justicia, y algo de lo tratado en éste formaría parte de la teoría de la ciencia jurídica.

Capítulo 9

El Derecho como argumentación

Derecho y argumentación

Perspectivas de análisis del Derecho

El Derecho —como hemos visto a lo largo de los anteriores capítulos— es un fenómeno muy complejo y que puede contemplarse desde muy diversas perspectivas. En el marco de nuestra cultura jurídica, tres de esos enfoques han tenido, y siguen teniendo, una especial relevancia teórica.

Al primero de ellos se lo puede llamar estructural y da lugar a las diversas formas de normativismo jurídico. Lo que se busca es identificar o encontrar, por decirlo con una metáfora, los componentes del edificio jurídico, con lo que se llega a las normas, a los diversos tipos de normas y, eventualmente, a otros enunciados, como los que contienen definiciones o juicios de valor. En ese enfoque se trata básicamente de describir el edificio tal y como es, y no de compararlo con un edificio ideal ni, menos aún, de construir *otro* edificio.

El segundo es un enfoque sociológico, que no ve el Derecho simplemente como lenguaje, como normatividad, sino como realidad social, como comportamiento humano. Lo que importa sobre todo es la funcionalidad del edificio, esto es, para qué sirve cada uno de sus elementos —qué finalidad trata de alcanzar, qué resultados produce de hecho— y para qué sirve, qué lugar ocupa, todo el edificio en el conjunto del que forma parte.

Finalmente, el enfoque valorativo se dirige a mostrar lo que debería ser el Derecho, cuáles son los requisitos del Derecho justo. Es el enfoque del crítico que evalúa una determinada obra de acuerdo con determinados cánones, o del arquitecto que proyecta un edificio, pero que no participa en la ejecución del mismo.

Lo que ahora interesa destacar es la posibilidad de un cuarto enfoque que consiste en ver el Derecho como un intento, una técnica, para la solución de determinados problemas prácticos. Se trata de una visión instrumental, pragmática y dinámica del Derecho que presupone, utiliza y, en cierto modo, da sentido a las anteriores perspectivas teóricas y que conduce, en definitiva, a considerar el Derecho como argumentación. Es, podría decirse, la perspectiva de alguien que no se limita a contemplar el edificio desde fuera o a proyectarlo prescindiendo de los problemas que plantea su ejecución, sino que participa activamente en la

construcción y se siente comprometido con la tarea.

El enfoque argumentativo

En este último enfoque se parte de que nuestras sociedades tienen que hacer frente a una serie de problemas, de conflictos sociales e individuales, que exigen el uso de instrumentos jurídicos. Ahora bien, la intervención del Derecho tiene lugar en diversas instancias, en momentos distintos del desarrollo del conflicto.

Una primera posibilidad de intervención del Derecho en el conflicto social lo ofrece la instancia legislativa, entendida la legislación en un sentido muy amplio. Por ejemplo, frente al problema de las drogas se puede reaccionar endureciendo las penas para los narcotraficantes, introduciendo nuevos tipos penales, etc. Ahora bien, esas medidas no son indiscutibles, en el sentido de que puede pensarse que la mejor forma de combatir el fenómeno de la drogadicción es despenalizar el tráfico de las drogas “blandas” (como ocurre con otras drogas como el alcohol o el tabaco), o que una agravación de la pena (o exigir que los narcotraficantes cumplan íntegramente su condena) es inconstitucional porque se opone al principio de igualdad y a la finalidad resocializadora que debe guiar el cumplimiento de las penas. Eso quiere decir que la asunción de alguna de esas decisiones exige que se den razones al respecto, esto es, que se argumente —en los foros de opinión pública, en los parlamentos, etcétera— a favor o en contra de las mismas.

Esa intervención del Derecho en el conflicto, sin embargo, no suele ser suficiente ni siquiera en los casos en que el contenido de la medida legislativa se considera justificado, pues pueden surgir dudas al aplicar esas normas a los casos concretos. Por ejemplo, la ley puede haber optado por no castigar el autoconsumo de estupefacientes, pero ¿qué significa exactamente “autoconsumo”?; o puede que haya previsto una agravación de la pena cuando la cantidad de droga sea “de notoria importancia”, pero ¿no es esta última una expresión vaga?, ¿cómo cabría precisarla? La jurisdicción es la instancia encargada de resolver esos, y otros, problemas, pero los jueces no pueden hacerlo —al menos, no pueden en un Estado de Derecho— decidiendo pura y simplemente. Deben motivar sus decisiones, esto es, deben mostrar las razones que permiten justificar su decisión en términos jurídicos: deben, pues, argumentar.

La cosa no se termina todavía aquí. La complejidad del Derecho de nuestras sociedades hace necesario tener que recurrir a especialistas, a expertos en Derecho, que de alguna forma auxilian a los productores y a los aplicadores: así, un aspecto importante de la labor de los numerosos juristas al servicio de la Administración —la que no se resuelve en un trabajo puramente rutinario— consiste en argumentar, en proponer razonadamente el establecimiento de nuevas normas, la supresión de otras...; y la aplicación del Derecho exige, entre otras cosas, el concurso de los abogados, los cuales desempeñan una labor que, en su núcleo,

consiste en argumentar: para persuadir al juez, para aconsejar a un cliente, o para alcanzar un acuerdo negociado con el abogado de la otra parte.

Lo que en el capítulo anterior considerábamos como técnicas de segundo grado, la dogmática jurídica y la técnica legislativa, mantienen también una conexión estrecha con la argumentación: su función básica consiste, cabe decir, en suministrar argumentos —por ejemplo, en el caso de la dogmática, argumentos más generales y de porte más sistemático que los que puedan encontrarse en los escritos de un abogado o en la sentencia de un juez— para la toma de decisiones en esas dos instancias básicas de todo sistema jurídico desarrollado: la producción y la aplicación de normas.

Y, en fin, como todo lo anterior no resulta fácil de manejar, se necesita contar también con una teoría o una filosofía del Derecho capaz de ofrecer una visión de conjunto de todo este complejo panorama y de guiar, de alguna forma, el funcionamiento de las anteriores instancias. Se necesita, por ejemplo, aclarar qué significa argumentar, en qué consiste motivar una decisión, cómo pueden evaluarse los argumentos, etc. La filosofía del Derecho, desde esta perspectiva, tiende a identificarse con la teoría de la argumentación jurídica.

Explicación y justificación

En el Derecho podemos, pues, distinguir entre las decisiones encaminadas a resolver problemas prácticos y las razones en las que se apoyan esas decisiones. El Derecho no es, pues, sólo argumentación, pero la práctica consistente en razonar, en justificar esas decisiones, tiene una especial relevancia, en especial en el Derecho del Estado constitucional. Es importante además darse cuenta de que justificar una decisión no es lo mismo que explicarla y de que el razonamiento jurídico es básicamente justificativo.

Explicar una decisión significa en efecto mostrar cuáles son las causas que la motivaron o los fines que se pretenden alcanzar al tomar esa decisión. Justificar, sin embargo, implica ofrecer razones dirigidas a mostrar el carácter aceptable o correcto de esa decisión. Hay muchas acciones, muchas decisiones, que podemos explicar aunque no nos parezcan justificadas: por ejemplo, una ley que defiende los intereses de un cierto sector social (eso es lo que explica su existencia), pero que nos parece contraria a los principios y valores constitucionales (y, en ese sentido, carecería de justificación); o una resolución judicial motivada por el deseo del juez de alcanzar notoriedad social, pero que vulnera el ordenamiento jurídico. Lo que exigimos de los órganos que toman decisiones públicas es que justifiquen sus decisiones; el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento práctico, no dirigido a explicar, sino a justificar decisiones. Pero explicar y justificar son operaciones que pueden entrecruzarse: lo que muchas veces explica la conducta de un juez que toma una determinada decisión es que ésa es la que él considera justificada de acuerdo con el Derecho. Y un razonamiento que concluye con un

enunciado práctico puede exigir como premisa algún enunciado descriptivo de hechos (de carácter, pues, teórico). Por ejemplo, para justificar la decisión consistente en condenar a X a la pena P, el juez construirá un razonamiento de la siguiente forma: “todos los que realicen actos de la clase Y deben ser condenados a la pena P; X ha realizado un acto de la clase Y; por lo tanto, X debe ser condenado a la pena P”; la segunda premisa del argumento es un enunciado teórico, esto es, afirma que ha tenido lugar un determinado acto, y si el juez considera que ese enunciado es verdadero ha de ser porque dispone de razones que explican que efectivamente fue X el que realizó ese acto.

La obligación de justificar las decisiones no es consustancial con la existencia del Derecho. En los Derechos de tipo continental, la obligación —y la práctica— de la motivación de las sentencias (“motivación” significa aquí “justificación”) es un fenómeno reciente. Comienza, cabría decir, en la segunda mitad del XVIII y sufre una aceleración después de la segunda guerra mundial, a medida que se va afianzando el modelo del Estado constitucional. Lo que caracteriza a la primera etapa es que en ella predomina lo que se ha llamado [Taruffo, 1992] la concepción “endoprocesal” de la motivación. La motivación permite que las partes de un proceso se den cuenta del significado de la decisión, puedan eventualmente plantear su impugnación y el juez de apelación pueda valorar también adecuadamente los motivos de la impugnación. En la segunda etapa, a las funciones endoprocesales se añade otra de carácter “extraprocesal” o político: la obligación de motivar es una manifestación de la necesidad de controlar democráticamente el poder del juez. Por lo que se refiere a los sistemas de *common law*, nunca ha habido la obligación —la obligación explícita— de motivar las sentencias, pero la práctica de la motivación comienza ya en el siglo XII y se consolida en el XVI, no como consecuencia de una concepción democrática de la justicia, sino por exigencias del funcionamiento de ese sistema: el precedente sólo puede funcionar si la razón en la que se basa la decisión (la *ratio decidendi* del caso) se formula de manera explícita. En todo caso, la idea del Estado de Derecho parece implicar la necesidad de que las decisiones de los órganos públicos estén argumentadas. Esto es así porque en el contexto de un Estado de Derecho la justificación de las decisiones no se hace depender sólo de la autoridad que las haya dictado, sino también del procedimiento seguido y del contenido. El Estado de Derecho ofrece, así, mayores oportunidades para la argumentación que cualquier otro tipo de organización del poder. En este sentido puede decirse que la idea regulativa del Estado de Derecho es el sometimiento del Estado, del poder, a la razón, y no de la razón al poder.

Qué es argumentar

Argumentación, líneas argumentativas y argumentos

Hemos quedado en que la argumentación jurídica tiene básicamente un carácter justificativo. ¿Pero qué significa en general argumentar? ¿Y qué es un

argumento?

En principio, argumentar o razonar es una actividad que consiste en dar razones a favor o en contra de una determinada tesis que se trata de sostener o de refutar. Esa actividad puede ser muy compleja y consistir en un número muy elevado de argumentos (de razones parciales), conectados entre sí de muy variadas formas. Por ejemplo, una sentencia reciente del Tribunal Constitucional español (de 18 de junio de 1999) sobre la constitucionalidad o no de la ley sobre técnicas de reproducción asistida: LTRA) incluye numerosos argumentos parciales: el tribunal entiende que la LTRA en su conjunto no vulnera la reserva de ley orgánica (cierto tipo de derechos sólo pueden regularse mediante este tipo de ley), porque el artículo 15 de la Constitución española (“todos tienen derecho a la vida...”) se refiere a “todos los nacidos”, de manera que la LTRA no desarrolla el derecho fundamental a la vida (lo que regula son “técnicas de reproducción referidas a momentos previos al de la formación del embrión humano”) y, en consecuencia, no es necesario que adopte la forma específica de ley orgánica (leyes que exigen la mayoría absoluta del Congreso); que permitir a la mujer decidir libremente la suspensión de un tratamiento de reproducción asistida no afecta al contenido esencial del derecho a la vida, ni supone admitir tácitamente un nuevo supuesto de aborto, ya que esa decisión sólo puede tomarla hasta el momento en que se haya producido la transferencia de embriones al útero materno; que permitir la fertilización de cualquier mujer con independencia de que el donante sea su marido o del hecho de que esté o no vinculada matrimonialmente no vulnera el núcleo esencial de la institución familiar, ya que “la familia en su sentido jurídico no coincide con la familia natural” y “la familia protegida constitucionalmente no es únicamente la familia matrimonial”; etcétera.

Todos esos argumentos y muchos otros que cabe encontrar en esa sentencia constituyen una misma argumentación, porque se inscriben dentro de un proceso que comienza con el planteamiento de un problema (si la ley en cuestión es o no constitucional) y termina con una respuesta (básicamente, que la ley es constitucional). De manera que podemos distinguir entre la argumentación en su conjunto, cada uno de los argumentos de que se compone y los conjuntos parciales de argumentos (líneas argumentativas) dirigidos a defender o combatir una tesis o una conclusión (bien tenga carácter intermedio o final). Así, el primero de los argumentos recogidos forma una línea con varios otros dirigidos todos ellos a probar que la ley en cuestión no vulnera la reserva de ley orgánica. Y esa tesis, unida a la de que la LTRA tampoco contradice aspectos concretos de la Constitución, es lo que lleva al Tribunal Constitucional a declarar su constitucionalidad (con excepción de un apartado de la ley de escasa trascendencia).

Embarcarse en una actividad argumentativa significa aceptar que el problema de que se trata (el problema que hace surgir la argumentación) ha de resolverse mediante razones que se hacen presentes por medio del lenguaje: oral o

escrito. Argumentar supone, pues, renunciar al uso de la fuerza física o de la coacción psicológica como medio de resolución de conflictos. Además, en una argumentación —o en un argumento— pueden siempre distinguirse varios elementos: aquello de lo que se parte, las premisas; aquello a lo que se llega, la conclusión; y los criterios que controlan el paso de las premisas a la conclusión, esto es, la inferencia.

Tres concepciones de la argumentación

No existe, sin embargo, una única manera de entender —y de estudiar— la argumentación y los argumentos. Sin entrar en muchos detalles, podríamos distinguir tres concepciones a las que cabría denominar, respectivamente, formal, material y pragmática.

La concepción formal de la argumentación es característica de la lógica. La pregunta fundamental aquí es: ¿qué se puede inferir a partir de determinadas premisas? Desde el punto de vista de la lógica deductiva —la lógica en sentido estricto—, un argumento es un encadenamiento de proposiciones: en un argumento deductivamente válido se cumple siempre que si las premisas son verdaderas, entonces también lo es necesariamente la conclusión, en virtud de la forma de los enunciados que lo componen. O, dicho de otra manera, la validez de los argumentos no depende aquí del contenido de verdad o de corrección de las premisas y de la conclusión. Por ejemplo, desde el punto de vista formal, lógico, el argumento: “está prohibido investigar con preembriones humanos que sean viables; los preembriones criopreservados sobrantes de un tratamiento de fertilidad que no tengan defectos morfológicos o genéticos son viables; por lo tanto, está prohibido investigar con ellos” es un argumento válido. Pero también es lógicamente válido este otro argumento, cuya conclusión es la negación del anterior: “está permitido investigar con preembriones humanos que sean no viables; los preembriones criopreservados sobrantes de un tratamiento de fertilidad aunque no tengan defectos morfológicos o genéticos son no viables; por lo tanto, está permitido investigar con ellos”. En ambos casos, la validez de los argumentos descansa en el hecho de que tienen una misma forma lógica: “para todo x , si x es R , entonces x es S ; para todo x , si x es P y Q , entonces x es R ; por lo tanto, para todo x , si x es P y Q , entonces x es S ”. Lo único que cambia es el valor de las variables lógicas: x , P , Q , R , S . Pero formalmente son idénticos: desde un punto de vista estrictamente lógico, no hay razón alguna para preferir uno de los dos; ambos son igualmente válidos, lógicamente perfectos. Esto es así porque la lógica, en realidad, no se interesa por los argumentos en cuanto tales, sino por los esquemas de los argumentos; la lógica permite controlar la corrección de las inferencias (el paso de las premisas a la conclusión), pero desde un punto de vista abstracto, prescindiendo de la validez material de los mismos y de su fuerza de persuasión. Además, la lógica no se refiere a la actividad o al proceso de la argumentación, sino al resultado de ese proceso.

La concepción material de la argumentación lleva a plantear las cosas de manera distinta. La pregunta fundamental aquí es: ¿en qué se debe creer o qué se debe hacer? La argumentación se ve ahora como un proceso consistente en dar *buenas* razones a favor o en contra de alguna tesis teórica o práctica; lo que se persigue no es mostrar si una inferencia es o no válida, sino si existen o no razones para creer en algo o para realizar una determinada acción. Ahora bien, para llegar a una conclusión de ese tipo (por ejemplo, si se trata de un problema práctico, que se debe permitir o prohibir investigar con los embriones sobrantes de un tratamiento de fertilidad) no basta con aducir razones de las cuales se deduzca eso como la conclusión de un razonamiento lógico. O, dicho de otra manera, no basta con que el argumento presente una determinada forma. Se necesita además que lo que las premisas enuncian sea verdadero (esté bien fundado) y que supongan razones relevantes para la conclusión. El centro de gravedad se desplaza, por tanto, de los aspectos formales a los materiales, de la inferencia a las premisas.

Si volvemos a nuestro ejemplo, dado que tenemos dos argumentos lógicamente válidos pero que llevan a conclusiones opuestas (el uno a sostener que no se debe investigar con preembriones sobrantes y el otro a permitirlo), se tratará de ver cuál de los dos conjuntos de premisas resulta mejor fundado, brinda un mejor apoyo a la conclusión respectiva. Ahora bien, dado que la primera premisa de cada argumento está igualmente fundamentada (cada una de ellas puede considerarse como la conclusión lógica de otra premisa común que podría enunciarse así: “sólo está permitido investigar con preembriones humanos no viables”), la discrepancia se reduciría a lo enunciado en la segunda; exactamente, el problema argumentativo en este caso es de tipo interpretativo: en ambos argumentos se parte de que sólo está permitido investigar con preembriones no viables, pero en un caso se considera “no viables” únicamente a los que tienen ciertos defectos morfológicos o genéticos, mientras que en el otro se añade a la circunstancia anterior el supuesto de que se trate de un preembrión sobrante de un tratamiento de fertilidad y cuyo destino sea la destrucción. La clave de la argumentación consistirá, pues, en las razones —los argumentos— que puedan darse a favor de una u otra interpretación.

Desde la perspectiva de la concepción pragmática, la argumentación se ve como una interacción que tiene lugar entre dos o más sujetos. La pregunta fundamental aquí es: ¿cómo se puede persuadir a un auditorio o interactuar con otro u otros para llegar a algún acuerdo respecto a cualquier problema teórico o práctico?; el éxito de la argumentación depende de que efectivamente se logre la persuasión o el acuerdo del otro, respetando ciertas reglas. Mientras que en la concepción material (y en la formal) la argumentación puede verse en términos individuales (una argumentación es algo que un individuo puede realizar en soledad), en la concepción pragmática la argumentación es necesariamente una actividad social. Dentro de la concepción pragmática se pueden distinguir, a su vez, dos enfoques. Uno es el de la retórica, centrado en la idea de persuadir a un auditorio que, en la argumentación, asume un papel básicamente estático. Y el otro

es el de la dialéctica, en el que la argumentación tiene lugar entre participantes (proponente y oponente) que asumen un rol dinámico: entre ellos hay una interacción constante.

Si volvemos a nuestro ejemplo, podemos pensar en una situación (dentro del enfoque dialéctico) en la que surge el problema de si se debe permitir o no investigar con preembriones humanos sobrantes de un tratamiento de fertilidad. Lo que ha desencadenado la discusión es el hecho de que la LTRA establece en uno de sus artículos que ese tipo de investigación sólo puede hacerse con “preembriones no viables”. A y B discuten entre sí a propósito de cómo debe entenderse “no viables”. El diálogo podría discurrir así:

A: Cuando la ley habla de “preembriones no viables” se refiere exclusivamente a no viabilidad por razones biológicas. Los debates parlamentarios previos a la aprobación de la ley muestran también que ése fue el propósito del legislador.

B: El criterio interpretativo que sugieres no es aquí adecuado. Entre otras cosas, porque el legislador no fue consciente del problema que iba a plantearse con los embriones sobrantes. Además, las normas deben interpretarse de acuerdo con los fines y con los valores que tratan de alcanzar o de asegurar, y la interpretación amplia que propongo es la que se ajusta mejor a esos valores: evita que se dé prioridad a la destrucción de embriones frente a su uso para fines de investigación serios.

A: Pero eso supone apartarse de lo que dice la ley. Hasta el Tribunal Constitucional, en la sentencia en la que aborda la posible inconstitucionalidad de la LTRA, utiliza una concepción exclusivamente biológica de la viabilidad.

B: Es cierto lo que dices sobre el Tribunal Constitucional. Pero en esa sentencia no se aborda el problema que aquí nos ocupa, el de si se puede investigar o no con preembriones humanos sobrantes. Si se lo hubiera planteado, yo creo que el tribunal sería de mi misma opinión.

A: Eso es imposible de saber, así es que no hace aquí al caso. Por otro lado, tu planteamiento es muy peligroso: se empieza por considerar como no viables a embriones que, sin embargo, tienen viabilidad biológica, y se termina por declarar no viables a personas con determinadas enfermedades o características para poder investigar con ellas.

B: Lo que acabas de decir me sorprende, porque no es más que una falacia, la de la “pendiente resbaladiza”. Por supuesto, en algún contexto podría servir (podría ser un argumento válido), pero no aquí, sencillamente porque ambos pensamos que no hay razones éticas para prohibir investigar con preembriones sobrantes. El problema lo tenemos porque la ley no previó ese caso.

Etcétera.

Como ilustración del enfoque retórico podría servir (a propósito de una cuestión vinculada a la anterior: la investigación con células troncales) un famoso informe de la Cámara de los Lores de febrero de 2002. El Comité defendía ahí la permisibilidad de llevar a cabo esas investigaciones con embriones sobrantes de tratamientos de fertilidad o con embriones creados para ello mediante clonación terapéutica y hacía un amplio uso de elementos retóricos, para lograr un máximo de adhesión:

“Cuando el desarrollo del embrión alcanza aproximadamente las 100 células (y todavía es menos que una cabeza de alfiler) se conoce como blastocito. El blastocito es una pequeña bola hueca de células relativamente indiferenciadas. Muchas de las células del blastocito se van a desarrollar en tejidos no embrionarios como la placenta o el cordón umbilical (...) En cuanto fuente de células troncales, el blastocito es un foco primario de gran parte del debate sobre el uso de embriones en investigación y terapia con células troncales (...)

Las pretensiones de que el embrión es una persona desde el momento de la fertilización resultan difíciles de reconciliar con el punto de vista estándar acerca de la identidad humana y personal. Aunque la capacidad mental de un bebé esté subdesarrollada, hay una continuidad de identidad entre el bebé y el adulto que llegará a ser. Así, decimos, mirando una fotografía: “Éste era yo de bebé”. Cuando se trata de las células indiferenciadas del blastocito, sin embargo, tal continuidad de identidad es menos plausible. Esas células forman también la placenta y el cordón umbilical. Además, pueden dividirse y formar gemelos idénticos. Puesto que no hay la misma continuidad de identidad, es más natural referirse a esas células indiferenciadas como una persona potencial más bien que como una persona”.

Buenos argumentos y argumentos falaces

Cada una de esas tres concepciones nos suministra criterios de lo que cabría llamar una “buena argumentación”, pero también nos ofrece la posibilidad de detectar las falacias, esto es, la existencia de malos argumentos que parecen buenos. Se podría así clasificar las falacias en formales, materiales y pragmáticas, según que infrinjan alguna de las reglas de la buena argumentación características de cada concepción.

Por ejemplo, cometería una falacia de tipo formal el que argumentara de la siguiente forma: “está permitido investigar con preembriones no viables; un óvulo no es un preembrión no viable; por lo tanto, no está permitido investigar con óvulos”. El “error” consiste aquí en haber interpretado que en la primera premisa se establece que algo es condición necesaria para otra cosa (que **sólo** se puede investigar, en el contexto de uso de las técnicas de reproducción humana asistida,

con preembriones no viables), y no una simple condición suficiente.

Un ejemplo de falacia material podría ser éste: “La prohibición que establece la ley de investigar con preembriones viables alcanza a los preembriones sobrantes de un tratamiento de fertilidad, si éstos no presentan ningún defecto de carácter biológico, y aunque se sepa que su destino es la destrucción. No podemos retorcer las palabras; no podemos hacer que “no viables” signifique lo que no significa. Los preembriones que biológicamente tienen la capacidad de desarrollarse no pueden ser no viables. No hay ninguna otra forma de entender esa palabra”. El error, en este caso, es una especie de esencialismo lingüístico que pretende que hay un significado verdadero o esencial de las palabras, que las palabras son el reflejo de algún tipo de realidad preexistente. Por el contrario, lo cierto es que el significado de las palabras es convencional y cambia según los contextos: nada impide (por lo menos, nada lo impide por razones lingüísticas) que el significado de “preembriones no viables”, en el contexto de la LTRA, incluya también a los preembriones sobrantes que, sin tener ningún defecto de tipo biológico, sin embargo no van a ser utilizados en un tratamiento y, por tanto, nunca van a llegar a desarrollarse como un embrión.

Finalmente, en el ejemplo, a propósito del contexto dialéctico de la concepción pragmática, A incurría en la falacia de la “pendiente resbaladiza”, porque al alegar que si se permite (jurídicamente) investigar con preembriones humanos, existe el riesgo de que se acabe por permitir investigar con personas discapacitadas, se incumplen varias de las reglas de la discusión racional: entre otras cosas, el argumento no parece sincero si el que lo esgrime ha aceptado que, desde el punto de vista moral, no hay razón para prohibir investigar con preembriones sobrantes.

No siempre es fácil detectar la existencia de una falacia, y muchas veces es discutible si el argumento es o no falaz. En general, un mismo argumento —una misma manera de argumentar— puede o no ser falaz dependiendo del contexto. Así, en los ejemplos anteriores, la primera falacia no lo sería si la frase ambigua “está permitido investigar con preembriones no viables” puede entenderse —por razones del contexto— como “sólo está permitido investigar con preembriones no viables”. Por otro lado, está claro que hay casos en que está justificado efectuar una interpretación restrictiva del significado de un término: por ejemplo, si se trata de una norma penal, una norma que establece que cierto tipo de acción es un delito que debe castigarse con una determinada pena. Y otro tanto puede decirse de las “pendientes resbaladizas”: así, muchos bioetistas consideran que se debe prohibir investigar con preembriones después de los 14 días (a partir de ese momento se habla de “embriones”), no porque al hacerlo se infrinja un principio moral, sino por el temor de que si no se prohibiera eso, se podría llegar a realizar investigaciones realmente cuestionables desde el punto de vista moral.

La argumentación jurídica

Argumentación jurídica y argumentación judicial

Las tres concepciones juegan un papel importante en la argumentación jurídica. Así, en el ejemplo de la constitucionalidad de la LTRA, el Tribunal Constitucional presenta su tesis como la conclusión lógica de una serie de premisas previas (algunas de ellas de carácter implícito). Además, esas premisas son tomadas como enunciados verdaderos (los que se refieren a cuestiones fácticas) o correctos (los que suponen juicios normativos o valorativos) y, de hecho, una parte importante (quizás la más relevante) del esfuerzo argumentativo del tribunal está dirigido a mostrar esto último. Y, naturalmente, el Tribunal Constitucional pretende que lo que sostiene en esa sentencia resulte aceptable para los demás, para la comunidad jurídica. Esto es así, porque en el Derecho no importan únicamente los valores formales (la previsibilidad de las decisiones, la seguridad jurídica), sino también valores materiales (como la verdad y la justicia), y valores políticos (la aceptabilidad, el consenso).

Como antes veíamos, la necesidad de argumentar en el Derecho se da en todas las instancias que habíamos diferenciado y, en particular, tanto en la aplicación como en la producción del Derecho. El hecho de que se atribuya una especial importancia a la argumentación judicial —a la motivación de las sentencias— se debe básicamente a que los jueces (a diferencia de los legisladores e, indirectamente, de los órganos superiores de la Administración) no son elegidos democráticamente; la legitimidad de su poder no depende de su origen, sino exclusivamente de su ejercicio, de las razones que puedan aducir para justificar sus decisiones.

Casos fáciles y casos difíciles

Usualmente, se hace una distinción entre casos fáciles y casos difíciles. En los casos fáciles, la justificación de las decisiones judiciales —se dice— es únicamente una cuestión de lógica, de lo que suele llamarse “justificación interna” o justificación deductiva; una decisión como “condeno a Y a la pena P” se justifica a partir de una argumentación deductiva (el llamado “silogismo judicial”) que tendría la forma antes mencionada: “todo el que realice actos de la clase X debe ser condenado a la pena P; Y ha realizado un acto de la clase X; por lo tanto, Y debe ser condenado a la pena P”. Sin embargo, esto no significa que las otras dos concepciones de la argumentación no jueguen en estos casos ningún papel; lo juegan, pero de manera simplemente implícita: los casos fáciles son aquellos en los que se parte de premisas que no son discutidas (y de ahí que no sea necesario presentar argumentos para avalarlas) y que, por tanto, producen conclusiones aceptables sin necesidad de mayor esfuerzo argumentativo.

Pero no todos los casos que se presentan a los jueces tienen esas características. Si partimos del esquema anterior, en el que hay una premisa normativa y una premisa fáctica, las dificultades pueden venir de una o de otra,

esto es, puede haber casos difíciles por razones normativas o por razones de hecho [MacCormick, 1978]. En el primer supuesto, a su vez, se puede tratar de *problemas de relevancia*: cuando existen dudas sobre si hay o sobre cuál es la norma o normas aplicable(s) al caso; o de *problemas de interpretación*: cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse alguno de los términos que figuran en la norma aplicable. Y en el segundo supuesto, puede tratarse de *problemas de prueba*, que se plantean cuando existen dudas sobre si ha tenido o no lugar un determinado hecho; o *problemas de calificación*, que surgen cuando las dudas se refieren a si un determinado hecho que no se discute cae o no bajo el campo de aplicación de un determinado concepto que se contiene en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de una norma. Naturalmente, muchos casos difíciles son casos complejos que plantean dificultades tanto de tipo fáctico como normativo, y en ocasiones (como, por ejemplo, a propósito de los problemas de calificación) es discutible si se trata de una cuestión normativa o fáctica. Pero, a pesar de todo, esa distinción es importante tanto por razones teóricas como prácticas: la argumentación jurídica tiene características distintas según se trate de problemas de hecho o de cuestiones normativas; y las posibilidades de recurrir una decisión judicial son, en general, mayores cuando lo que se discute es una cuestión normativa. De ahí la especial importancia que tiene la argumentación normativa en la práctica de los tribunales superiores, aunque, en el conjunto de las decisiones judiciales, lo que genera con mayor frecuencia la necesidad de argumentar son cuestiones de hecho (o sea: si efectivamente ocurrió tal y cual hecho).

Así como en los casos fáciles la concepción material y la concepción pragmática de la argumentación no deja de estar presente, en los casos difíciles la lógica sigue jugando un papel muy importante. Lo que ocurre es que aquí no basta con la “justificación interna”, sino que a ella hay que añadirle la “justificación externa”, esto es, se necesita ofrecer razones a favor de la premisa normativa o de la premisa fáctica, y razones que no pueden tener un carácter puramente formal, lógico. Lo que en último término presta apoyo a una premisa es una determinada teoría sobre las fuentes del Derecho, sobre la interpretación, sobre la valoración de la prueba... y, en términos más generales, una determinada concepción de la racionalidad práctica que hará uso de criterios como la universalidad, la coherencia, la adecuación de las consecuencias o el consenso. La universalidad implica que si en las circunstancias C se ha tomado la decisión D, entonces siempre que se den esas circunstancias u otras esencialmente equivalentes deberá decidirse en la forma D. La coherencia supone que si, por ejemplo, una decisión se basa en haber interpretado una norma de una cierta forma o en entender como probado un hecho dadas determinadas circunstancias, esa interpretación tiene que ser conforme (o ser la más conforme) con los principios y valores del sistema, y el juicio de hecho con las leyes científicas y las máximas de experiencia que rigen en el mundo. La adecuación de las consecuencias de una decisión habrá de evaluarse de acuerdo con alguna concepción como el utilitarismo de actos o de reglas. Y el criterio del consenso puede entenderse en el sentido del consenso racional de Habermas: una decisión está justificada si ésa es a la que se habría llegado por

consenso en una situación ideal de diálogo.

De nuevo la moral

Como se ve, la argumentación jurídica implica la utilización de criterios morales dentro de los límites establecidos por el Derecho, los cuales, en los Estados constitucionales, suelen ser muy amplios, pues los principios constitucionales — como ya se ha visto— vienen a ser una juridificación de la moral. Y eso ocurre tanto en los casos difíciles como en los casos fáciles. En estos últimos, el papel de la moral pasa más inadvertido, pero resulta también esencial: si un caso lo consideramos fácil es, entre otras cosas, porque se presupone que el juez tiene la obligación de aplicar (de usar como premisa en su argumentación) el Derecho vigente; ahora bien, esa obligación —como ya sabemos— puede hacerse derivar de la regla de reconocimiento del sistema, pero la aceptación de esta última exige necesariamente razones morales.

La existencia de esta estrecha vinculación entre el Derecho y la moral no significa que el Derecho (de los Estados constitucionales) pueda verse sin más como una emanación de la racionalidad práctica. Los límites de la racionalidad jurídica, en relación con la práctica judicial, pueden encontrarse, al menos, en estos tres aspectos: en primer lugar, no parece que pueda hablarse siempre de una única respuesta correcta para cada caso jurídico; a partir de los anteriores criterios de racionalidad se pueden justificar a menudo diversas respuestas incompatibles entre sí. En segundo lugar, aceptar lo anterior no quiere decir tampoco que exista siempre *al menos* una respuesta correcta; al lado de los casos difíciles y de los casos fáciles habría que introducir una tercera categoría: la de los casos trágicos, que serían aquellos que no pueden resolverse respetando tanto el Derecho establecido como los principios de la justicia; o dicho en forma quizás más simple: no siempre es posible hacer justicia por medio del Derecho. Y, en fin, en tercer lugar, parece que hay que reconocer que en la aplicación del Derecho no sólo se tiene necesidad de la razón, sino también de los sentimientos, de las pasiones: para ser un buen juez no basta con tener capacidad argumentativa (y con conocer el Derecho vigente), sino que además deben tenerse otras cualidades como sentido de la justicia, compasión o valentía.

Sobre la interpretación

Qué es interpretar

La interpretación juega en el Derecho un papel central. Tan central, que algunos autores (como, recientemente, Dworkin y, en general, los filósofos hermenéuticos) presentan el Derecho como “una práctica social compleja” que consiste básicamente en interpretar: el Derecho no es simplemente algo dado *a priori* en las leyes, en las sentencias, etc. (eso serían más bien las fuentes del Derecho), sino la práctica consistente en atribuir sentido a esos materiales.

Naturalmente, esta última afirmación supone entender la interpretación en un sentido mucho más amplio del que antes hemos utilizado al hablar de “problemas interpretativos”; en un caso (en el uso por parte de los hermenéuticos), interpretar significa algo así como entender, atribuir un sentido a alguna entidad que no sea un objeto natural (y de ahí que se pueda hablar de interpretar a propósito de acontecimientos históricos, de comportamientos o de textos); en el otro, la interpretación hace referencia a la atribución de un significado a un texto problemático, esto es, a un texto cuyo significado es dudoso. Veamos con un poco de detalle qué problemas plantea la interpretación en este último sentido que es, también, el sentido usual que tiene en la teoría y en la práctica del Derecho.

Entendida en este sentido estricto, la interpretación es una operación que consiste en pasar de unos enunciados a otros. Lo que permite dar ese paso es lo que podemos llamar “enunciado interpretativo”. Así, respecto a la interpretación que el Tribunal Constitucional hacía del art. 15 de la Constitución, cabría distinguir:

1. “Todos tienen derecho a la vida”;
2. “‘Todos’, en el artículo 15, significa todos los nacidos”;
3. “Todos los nacidos tienen derecho a la vida.”

(1) es el enunciado a interpretar; (3) el enunciado interpretado; y (2) el enunciado interpretativo. La operación de interpretar supone una relación entre un texto previo, un sujeto (el intérprete) y un nuevo texto, y se lleva a cabo cuando el significado del texto previo (el material del que parte el jurista para resolver un problema) es dudoso. Ahora bien, lo que hace que surjan esas dudas son los siguientes factores (o una combinación de ellos): el autor del texto ha empleado alguna expresión imprecisa (problemas de ambigüedad y de vaguedad); no es obvio cómo ha de articularse ese texto con otros ya existentes (problemas de lagunas y contradicciones); no es obvio cuál es el alcance de la intención del autor (la relación entre lo dicho —lo escrito— y lo que se quiso decir); es problemática la relación existente entre el texto y las finalidades y propósitos a que el mismo ha de servir (con relativa independencia de lo que haya querido el autor); es dudoso cómo ha de entenderse el texto de manera que sea compatible con los valores del ordenamiento.

Métodos interpretativos

La cuestión que se le plantea entonces al intérprete (bien sea un órgano aplicador, un teórico del Derecho o un simple particular) es la de cómo justificar el enunciado interpretativo (2), y cómo dar el paso al enunciado interpretado (3). Ahora bien, puesto que el paso de (1) y (2) a (3) no parece plantear problemas (es un paso meramente deductivo), en lo que habrá que fijarse es en la justificación de

(2). La respuesta a ese problema son los llamados métodos, cánones, técnicas o directivas de interpretación, que suelen cumplir tanto una función heurística (muestran cómo llegar a formular (2)) como justificativa (sirven de justificación a esa formulación). Esas reglas pueden, a su vez, clasificarse en reglas de primer y de segundo grado. Las de primer grado establecen cómo justificar (2); las de segundo grado, cómo usar las anteriores: por ejemplo, qué hacer cuando existen varias reglas de primer grado concurrentes y contradictorias.

De acuerdo con la tipología de problemas interpretativos anteriormente efectuada (y que, con pocos matices de diferencia, es la que se encuentra tanto en textos de Derecho positivo como en las obras de dogmática o de teoría del Derecho de los sistemas de *civil law* o de *common law*), las reglas de primer grado podrían clasificarse en: lingüísticas, sistemáticas, pragmáticas, teleológicas y valorativas. Un ejemplo de regla lingüística: “las palabras deben entenderse en su sentido usual”; de regla sistemática: “una palabra o un enunciado debe entenderse de manera que se evite que lo dicho en ese texto sea contradictorio con lo enunciado en otro del mismo sistema”; de regla pragmática: “para aclarar el significado de un texto debe acudir a la exposición de motivos de la ley de la cual forma parte”; de regla teleológica: “si el fin de la ley era alcanzar un fin F, el texto debe interpretarse de manera que no se frustre ese objetivo”; de regla valorativa: “una norma no debe interpretarse de manera que suponga un menoscabo para algún valor constitucional”.

Ahora bien, esas reglas, como se ha dicho, pueden conducir en muchos casos a resultados opuestos. Por ejemplo, en el caso de la constitucionalidad de la LTRA, los partidarios de la interpretación más restringida se apoyaban —cabría decir— en criterios de tipo lingüístico y pragmático, mientras que los otros acudían a criterios teleológicos y valorativos. Lo decisivo para resolver la cuestión son, pues, las reglas de prioridad, o sea, las reglas de segundo grado que establecen qué criterios deben prevalecer sobre otros y en qué condiciones. Y esto, a su vez, requiere remontarse a alguna teoría de la interpretación.

Teorías de la interpretación

En términos muy generales, las teorías de la interpretación jurídica [v. Guastini, 2000] pueden clasificarse en torno a dos grandes ejes. Uno de ellos lleva a contraponer las teorías formalistas a las realistas o escépticas: Las primeras entienden que interpretar consiste en “descubrir” el significado de un texto, de manera que los enunciados interpretativos pueden ser verdaderos (si reflejan ese significado) o falsos. Para los segundos, el intérprete no descubre, sino que crea el significado de un texto (y de ahí que no tenga sentido decir que un enunciado interpretativo es verdadero o falso). Y hay una teoría intermedia que sostiene que, en algunos supuestos (los casos claros o fáciles) tiene sentido hablar de descubrir un significado, mientras que en otros (los casos difíciles), lo que se hace es adjudicar o crear un sentido.

La otra contraposición es la que tiene lugar entre las teorías subjetivistas y las objetivistas o, como hoy se suele decir (por influencia de la obra de Dworkin), entre las teorías intencionalistas y las constructivistas. Los intencionalistas sostienen que interpretar consiste básicamente en descubrir los motivos o la intención de un autor (como ocurre cuando, en una conversación, tratamos de entender, de interpretar, lo que otro nos está diciendo). Por el contrario, los constructivistas (como Dworkin) sostienen que interpretar, en el contexto de una práctica social como el Derecho, consiste en mostrar el objeto interpretado bajo su mejor perspectiva. Por ejemplo, en relación con el problema que planteaba la LTRA: qué interpretación del texto en cuestión permite que —sin distorsionar el objeto, la ley aprobada por el parlamento— dicha ley pueda aparecer como la mejor posible, teniendo en cuenta cuáles son los objetivos que se tratan de alcanzar y los valores que hay que proteger. Por supuesto, también aquí pueden encontrarse posiciones intermedias que, de alguna forma, tratan de conciliar esos dos extremos, cada uno de los cuales representa una exigencia distinta de los Estados de Derecho: la concepción intencionalista parece adecuarse a la dimensión de autoridad que supone el imperio de la ley y la división de poderes; y la concepción constructivista, a la dimensión valorativa encarnada en la prohibición de arbitrariedad de los órganos administrativos y en la protección de los derechos y de las libertades fundamentales. Quizás pudiera decirse que en la primera de esas dimensiones (en la autoridad) se encuentra la explicación de por qué la interpretación es tan importante en el Derecho, mientras que, por ejemplo, no lo es en la moral. Y en la segunda (en la dimensión valorativa), la respuesta al para qué interpretar. La obediencia al legislador, en definitiva, puede ser el límite, pero no el objetivo de la interpretación.

Capítulo 10

Concepciones del Derecho

Introducción

Concepciones y sentido del Derecho

En los anteriores capítulos de este libro hemos tratado acerca de algunas de las cuestiones más generales y más básicas que se plantean a propósito del Derecho: por qué existe, en qué medida consiste en normas, qué relación guarda con el poder o con la moral, para qué sirve, qué funciones sociales cumple, cómo debería ser, qué objetivos y valores deben —y pueden— alcanzarse con él, cómo puede conocerse y de qué manera ha de construirse una ciencia jurídica, hasta qué punto consiste el Derecho en una actividad argumentativa, cómo ha de entenderse su aplicación e interpretación...

Una concepción del Derecho viene a ser una respuesta articulada a todas —o, al menos, a la mayor parte— de las anteriores cuestiones y atribuye, en consecuencia, un *sentido* al Derecho. Pero la expresión “sentido” puede entenderse aquí en dos formas distintas: pues una cosa es que el Derecho sea un fenómeno que se pueda explicar y, por tanto, entender, como cualquier otra realidad natural o social; y otra que se trate de una realidad valiosa, que la existencia del Derecho —o de cierto tipo de Derecho— esté justificada. Cuál es el sentido del Derecho, en la primera de las acepciones, es una cuestión controvertida: de ahí que pueda hablarse de diversas concepciones del Derecho. Pero en el caso de la segunda acepción, lo que resulta controvertido es también que el Derecho tenga sentido, que se le pueda atribuir un valor positivo; algunas de las concepciones que vamos a ver son más bien escépticas a este respecto: bien por entender que una sociedad verdaderamente justa es una sociedad sin Derecho, o bien por considerar que el Derecho tiene únicamente un valor instrumental, que es un medio para obtener bienes cuya naturaleza no es ya jurídica.

Concepciones del Derecho del siglo XX

Las concepciones del Derecho del siglo XX que ahora vamos a examinar en forma necesariamente sintética se refieren únicamente a los Derechos de tipo occidental. Sin embargo, como anteriormente se ha visto, en estos países están en vigor ordenamientos jurídicos pertenecientes a dos sistemas o familias de Derechos (el *civil law* —el Derecho continental europeo que informa también los ordenamientos latinoamericanos— y el *common law*, el de los países anglosajones) con instituciones, modelos de enseñanza, estilos argumentativos, etc., diferentes

que, obviamente, condicionan la forma de entender el Derecho. Por ejemplo, los juristas del *common law* propenden a una visión más empírica y casuística, frente a las visiones de porte más sistemático de los juristas del Derecho continental. El *common law* tiende a realzar la figura del juez y el carácter comunitario —el elemento de la tradición— en el Derecho, mientras que en el *civil law* el Derecho suele verse más bien desde la perspectiva del legislador: el Derecho es, sobre todo, Derecho legislado, creado por la autoridad política. Frente a la contraposición iusnaturalismo-iuspositivismo que ha dominado en las concepciones del Derecho continental europeo, en el *common law* la oposición es más bien entre concepciones formalistas y realistas (o sustancialistas); por algo, como luego veremos, el realismo jurídico surge básicamente en los Estados Unidos (un país de *common law*) y en Escandinavia (donde el Derecho romano tuvo una escasa influencia). Por otro lado, dentro incluso de los países del *common law*, la cultura jurídica norteamericana se considera que es mucho menos formalista (o más sustancialista) que la inglesa (de hecho, el realismo jurídico norteamericano no parece haber influido gran cosa en los juristas ingleses).

A pesar de todas esas diferencias, me parece que puede convenirse en que la mayor parte de las concepciones del Derecho del siglo XX caben dentro del realismo, del normativismo o del iusnaturalismo, o bien consisten en alguna combinación de esos tres modelos básicos. No se parte, pues, de la quizás más usual contraposición entre iuspositivismo y iusnaturalismo, pero simplemente por considerar que tanto el realismo (aunque a veces se haya presentado como una alternativa frente al iusnaturalismo y al iuspositivismo —que serían dos formas de “idealismo” jurídico—) como el normativismo son formas del positivismo jurídico. Dicho de manera muy rápida (y necesariamente imprecisa), cada una de esas tres concepciones tiende a ver el Derecho como comportamiento, como fenómeno normativo o como realidad axiológica, o por lo menos a subrayar, como elemento determinante de lo jurídico, alguna de esas tres dimensiones. De ahí que dentro de cada una de esas concepciones pueda hablarse de versiones extremas o moderadas; y que, desde la segunda mitad del siglo, hayan surgido no pocas visiones “trialistas” del Derecho que tratan de tomar en cuenta esas tres dimensiones — hecho, norma y valor— para integrarlas en una especie de concepción superior (una Jurisprudencia o ciencia integral), o bien para adscribir a una ciencia o saber jurídico distinto el estudio de cada uno de esos tres aspectos.

De todas formas, realismo, normativismo y iusnaturalismo no permiten ofrecer un panorama completo de lo que han sido las concepciones del Derecho del siglo XX. Por un lado, queda fuera el formalismo jurídico, el formalismo de los juristas, en cuanto concepción del Derecho que dio lugar —como reacción frente a ella— a las diversas direcciones realistas, pero que no ha dejado de tener vigencia a lo largo de todo el siglo. Por otro lado, el anterior esquema clasificatorio no incluye tampoco la visión marxista del Derecho, que lleva en cierta forma a rechazar todas las anteriores aproximaciones; el marxismo supone, en principio, una concepción escéptica del Derecho. Y, finalmente, me parece que las formas de entender el

Derecho que se están generando en los últimos años del siglo XX (una tendencia que empieza a notarse desde los años setenta) no se adecuan del todo al anterior panorama, aunque quizás quepa hablar más bien de una continuidad, con respecto a las anteriores concepciones, que de una ruptura.

El formalismo jurídico

Dos nociones de formalismo

De formalismo jurídico se habla en muchos sentidos, pero casi siempre con una connotación peyorativa; el formalismo —o esa forma de entenderlo— es, cabría decir, una actitud, un estilo, que puede detectarse en la práctica del estudio, de la elaboración sistemática, de la aplicación o de la interpretación del Derecho, pero raramente, en nuestros días, una concepción teórica asumida conscientemente. Conviene, sin embargo, distinguir dos tipos de formalismo. Uno es el formalismo entendido, no como una concepción del Derecho, sino como un elemento consustancial al mismo, al Derecho moderno. Es lo que Max Weber llamó “racionalidad formal” que, expresado en otro lenguaje, consiste en el hecho de que, para los juristas de nuestra cultura, las razones para la acción que nos suministra el Derecho son, en su mayoría, razones de tipo excluyente o perentorio; esto es, las normas generales (dirigidas a clases de sujetos) y abstractas (regulan clases de acciones) suministran, por un lado, razones para llevar a cabo un curso de acción (sin tomar en consideración los aspectos particulares de los casos concretos) pero, al mismo tiempo, son también razones de segundo grado para no considerar las otras razones que pudieran existir en favor o en contra de lo prescrito en la norma [v. Jori-Pintore, 1988]. De todas formas, en los Derechos contemporáneos parece existir (sin anular lo anterior) una tendencia a la “materialización” del Derecho, esto es, al particularismo jurídico en la creación del Derecho y a la utilización de razones materiales —no formales o basadas en una autoridad— por parte de los órganos aplicadores del Derecho.

Asumir una concepción formalista del Derecho ha de implicar, pues, algo más que lo anterior, aunque no sea fácil decir qué. A veces se identifica —o, por lo menos, se vincula en forma necesaria— positivismo y formalismo, pero esto no parece aceptable: se puede ser positivista sin ser formalista (es el caso del positivismo analítico o del positivismo de los realistas) y se puede también ser formalista sin ser positivista (como ocurre con no pocos juristas dogmáticos que practican un formalismo a veces extremo —según la caracterización que en seguida veremos— pero no tienen empacho en declararse iusnaturalistas). En realidad, si se entiende el positivismo jurídico no propiamente como una teoría, sino como un “hecho histórico” (la consideración del Derecho como el orden real e individualizado que conforma efectivamente las relaciones humanas en una comunidad y en un momento determinado [v. González Vicén, 1979]), como un concepto en lugar de como una concepción, el formalismo jurídico vendría a ser, simplemente, una de las direcciones positivistas; si se quiere, una “desviación” del

positivismo o, quizás más exactamente, la acentuación de uno de sus componentes básicos. En efecto, las tres grandes corrientes con que se inicia la ciencia jurídica moderna a comienzos del XIX (la escuela histórica alemana, la escuela francesa de la exégesis y la jurisprudencia analítica inglesa) parten —como vimos en un capítulo anterior— del concepto de Derecho positivista y dan lugar a tres concepciones formalistas del Derecho: el formalismo conceptual, que reduce el Derecho a un sistema de conceptos, a “formas” que no darían cuenta de la singularidad histórica, de los contenidos, de cada Derecho; el formalismo legal, que identifica el Derecho con la ley general y abstracta de origen estatal; y el formalismo jurisprudencial, que limitó el estudio del Derecho, del *common law*, a unos pocos casos judiciales de los que podrían desprenderse los principios y doctrinas generales en que consiste verdaderamente el Derecho.

Características del formalismo

Dado que este último —el formalismo jurisprudencial— parece ser el menos formalista de los formalismos, los rasgos que lo caracterizan [v. Summers, 1982, cap. 6; Pérez Lledó, 2000] (interpretados con cierta libertad) pueden servirnos para dar cuenta del fenómeno en general. Las tesis (o los “defectos”) del formalismo serían éstas: 1) El Derecho es un sistema completo y coherente, capaz de dar una respuesta correcta a toda cuestión jurídica; de ahí se deriva, entre otras cosas, una tendencia a privilegiar la analogía como procedimiento para resolver los nuevos casos a partir del Derecho —jurisprudencial o legal— ya existente, en lugar de considerar las razones sustantivas de tales casos. 2) Sólo los legisladores, y no los tribunales, pueden crear Derecho, como consecuencia de la doctrina de la división de poderes, que sería un atributo inherente y necesario de cualquier sistema jurídico (incluido el *common law*). 3) El Derecho tiene —o debería tener— un carácter esencialmente estático; los cambios legislativos deben reducirse al mínimo y no implicar, en la medida de lo posible, una ruptura con respecto al Derecho ya existente (en otro caso, difícilmente podría hablarse de “seguridad jurídica” que, para el formalismo, constituye el valor supremo). 4) El Derecho válido, el “verdadero Derecho”, consiste en reglas generales, tal y como aparecen formuladas en los “libros jurídicos”, bien se trate de códigos, obras doctrinales o recopilaciones jurisprudenciales (“case-books”). 5) El Derecho es tanto más perfecto cuanto mayor es su grado de generalidad y abstracción; en consecuencia, una tarea esencial de la ciencia jurídica es la de reducir, u ordenar, la materia jurídica a partir de unos pocos conceptos de elevado grado de abstracción. 6) Los conceptos jurídicos poseen una “lógica interna” que permite deducir de ellos soluciones sin necesidad de recurrir para ello a elementos extrajurídicos, esto es, a argumentos que tengan en cuenta las consecuencias sociales de una determinada decisión, o bien cómo la misma afecta a valores de tipo moral. 7) Las decisiones judiciales sólo pueden justificarse deductivamente, esto es, según el esquema del silogismo subsuntivo que requiere, como premisa mayor, una norma de tipo general y abstracto, y, como premisa menor, los datos fácticos del caso que se “subsumen” en el supuesto de hecho de la norma, para inferir de ahí, como

conclusión, la consecuencia jurídica prevista en la norma. 8) La certeza y la predecibilidad (la seguridad jurídica) son los máximos ideales jurídicos.

Al anterior esquema podrían añadirse todavía estas tres notas: 9) El formalismo entiende la interpretación como una operación cognoscitiva, consistente en describir el significado objetivo de un texto o la voluntad subjetiva de su autor, de manera que no queda espacio alguno para la discrecionalidad del intérprete. 10) El formalismo no es una concepción del Derecho que se adecue a una sociedad en transformación (del tipo que sea): por eso se explica que en los Estados Unidos fueran los jueces formalistas los que se opusieron a la política del *New Deal* de los años treinta, pero también que el formalismo no haya hecho buenas migas con el absolutismo político: el *decisionismo jurídico* de Carl Schmitt — la figura más importante del pensamiento jurídico durante la etapa del nacionalsocialismo—, con su reducción del Derecho a la política, es algo así como la contrafigura del formalismo. 11) El formalismo concibe el Derecho, en último término, como algo sagrado, como un fin en sí mismo: de ahí que ensalce los valores internos al Derecho —a cualquier Derecho—: el orden y la seguridad; que prescinda de cuáles puedan ser sus funciones sociales; que aisle —o pretenda aislar— el Derecho de la política; y que excluya la posibilidad de la crítica moral al Derecho... simplemente porque reduce lo justo a lo jurídico.

El realismo jurídico

Realismo jurídico en sentido amplio

En un sentido muy amplio, concepciones jurídicas realistas serían todas las de carácter antiformalista, esto es, las que dieron lugar a la “revuelta contra el formalismo” que tiene lugar a finales del XIX y comienzos del XX [v. Treves, 1988]. Parece obvio que ese cambio de orientación en el pensamiento jurídico está estrechamente conectado con una época de grandes transformaciones económicas, tecnológicas, culturales, etc., y de fuerte conflictividad social: la forma de organización jurídica y política más característica de las sociedades desarrolladas del XIX, el Estado liberal de Derecho, había entrado en crisis.

En Europa, esa revuelta (iniciada en el XIX por Rudolf von Ihering) la llevan a cabo (ya en el XX) una serie de juristas que, de una u otra forma, trataron de conectar el Derecho con la realidad social: para propugnar que las normas se interpretaran teniendo en cuenta los intereses y necesidades sociales (Philip Heck y la “Jurisprudencia de intereses”); para introducir la idea de que existe un “Derecho vivo”, espontáneo, al lado del Derecho estatal (el sociologismo jurídico de Eugen Ehrlich); para destacar el carácter subjetivo y libre de las decisiones judiciales (Hermann Kantorowicz y la “Escuela del Derecho libre”); para criticar el “fetichismo de la ley” (François Geny); para identificar el Derecho como una regla de la vida social (Leon Duguit); o para defender la idea del pluralismo jurídico y de que el Derecho no puede verse exclusivamente como norma, sino como

institución o como ordenamiento (Maurice Hauriou; Santi Romano).

Pero en los Estados Unidos fue donde la “revuelta contra el formalismo” tuvo más fuerza y, de hecho, esa expresión se debe a un estudioso norteamericano, Morton White, que la empleó para referirse a un fenómeno general que abarcaba también el campo de la economía, de la filosofía o del arte. La aplicación del Derecho allí —como en Inglaterra— resultaba lastrada por el uso mecánico que se hacía de los precedentes, de la tradición, lo que dificultaba un desarrollo jurídico acorde con los nuevos intereses sociales. El movimiento antiformalista lo inicia el juez Oliver W. Holmes que —como vimos en un capítulo anterior—, frente al peso de la tradición, hizo hincapié en los elementos empíricos y pragmáticos del Derecho. A él se debe la definición del Derecho en términos de predicciones sobre lo que los jueces harán, el énfasis puesto en la experiencia (la experiencia judicial), o la invitación a contemplar el Derecho, no desde el punto de vista del “hombre bueno”, que encuentra las razones para su conducta en lo que le dice el Derecho o su conciencia, sino desde la perspectiva del “hombre malo” que sólo se preocupa por las consecuencias materiales que su conducta pueda ocasionarle (eso es lo que el conocimiento del Derecho le permite prever). Inspirándose sobre todo en la línea iniciada por Holmes, otro importante jurista norteamericano, Roscoe Pound, trató de construir una “jurisprudencia sociológica” que configuró como una “ingeniería social”, dirigida a lograr ciertos fines sociales: ordenar las relaciones sociales y armonizar la satisfacción de las necesidades. Holmes y Pound suelen ser considerados como los precursores del “realismo jurídico norteamericano” (por oposición al escandinavo, del que luego se hablará) que se desarrolla sobre todo en los años veinte y treinta y que integra un movimiento del que forman parte, entre otros, Karl Llewellyn, Jerome Frank o Felix Cohen.

El realismo jurídico americano

El realismo americano nunca constituyó propiamente una escuela, tanto por la heterogeneidad de los intereses y tendencias de sus integrantes (usualmente se contraponen un ala moderada, cuyo principal representante sería Llewellyn, a una radical encabezada por Frank), como por el hecho de que no pretendieron propiamente construir una teoría del Derecho, sino modelar de cierta manera la práctica del mismo en los Estados Unidos (el “localismo” ha sido —bien cabe decirlo— común a todas las concepciones del Derecho en ese país). Summers [1982] ha hablado de “instrumentalismo pragmático” para referirse tanto a las versiones menos extremas del realismo como a las concepciones de autores como Holmes, Dewey o Pound. De hecho, la base filosófica de esa concepción del Derecho —el “realismo americano”, entendida la expresión en sentido amplio— la suministró el pragmatismo americano: la tesis de que algo es verdadero si cabe probar que, a la larga, puede resultar útil para una apropiada actividad humana; de que el significado de un término ha de analizarse considerando cuáles serían sus probables consecuencias; y que las cuestiones de valor deben examinarse de acuerdo con los deseos existentes en una determinada sociedad y en un momento

también determinado y se reducen, en amplia medida, a cuestiones empíricas, pues los conflictos han de resolverse según el principio de la maximización de la satisfacción de esos deseos.

La definición del Derecho en términos de comportamiento (a la antes recordada de Holmes cabe añadir la del “primer Llewellyn”: Derecho es “lo que hacen los funcionarios en relación con las disputas”) y el carácter instrumentalista de su enfoque del Derecho supone que, para los realistas, los componentes básicos del Derecho no son exclusivamente —ni fundamentalmente— las normas. Algunos de ellos —los más radicales— llegaron a sostener que las reglas no existen en absoluto y que el Derecho sólo consiste en decisiones particulares, pero, en términos generales, lo que caracterizaría al realismo es la idea de que para entender (y utilizar) adecuadamente el Derecho hay que tomar en consideración no sólo las normas —y normas de diversos tipos: formales e informales—, sino también los intereses, los fines y los valores sociales, y muchos otros elementos que componen la “maquinaria del Derecho”: instituciones, procedimientos, tecnología científica, lenguaje, organización y, por supuesto, los operadores jurídicos (sobre todo, aunque no sólo, los jueces). Pero el realismo no es sólo una concepción del Derecho más “rica”, por así decirlo, que la formalista (o la normativista), dado que tiende a aumentar lo que serían ingredientes esenciales de un sistema jurídico, sino que supone también una tendencia a entender las nociones “tradicionales” del Derecho en forma distinta. De la definición de Holmes, por ejemplo, se desprende que tener un derecho o un deber no implicaría más que la predicción de que, bajo ciertas circunstancias, los jueces probablemente se comportarán en cierta forma.

Al poner el énfasis en la eficacia del Derecho, la concepción realista tiende a subrayar el papel de la coerción y de su uso monopolístico por parte de los órganos jurídicos: para lograr su eficacia instrumental, el Derecho se vale, sobre todo, del elemento de la fuerza física (lo único que podría disuadir al “hombre malo” de Holmes). Por lo demás, aunque alguno de esos autores (como Felix Cohen) sostuvo la existencia de una conexión esencial entre la fuerza y cada una de las normas o instituciones jurídicas, en general, la necesidad de la fuerza se refiere al Derecho considerado en su conjunto.

Un componente fundamental de esta concepción es el positivismo metodológico, esto es, la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, entre lo que es y lo que debe ser Derecho. Además, su concepción de la moral (excluyendo aquí los últimos escritos de Pound) es relativista y no cognoscitivista y lleva (dado su “convencionalismo” respecto a los valores) a identificar la moral con la “moral social” y a prescindir de la “moral crítica”; de ahí que en la interpretación jueguen un papel importante los argumentos de carácter finalista, pero no los de tipo moral en sentido estricto.

Al instrumentalismo de los realistas subyace la tesis del antideterminismo social, esto es, la concepción de que la realidad social es cambiante y puede (y

debe) ser modificada mediante la acción racional y deliberada del hombre. El Derecho es un medio especialmente idóneo para la transformación social, pero lo que debe guiar la reforma social es la satisfacción de las demandas sociales, esto es, de los deseos e intereses que la gente realmente tiene.

Los realistas americanos no estuvieron particularmente interesados en la construcción de una ciencia jurídica en sentido estricto o de una teoría general del Derecho, en el sentido de una disciplina con fines básicamente cognoscitivos. Su enfoque del Derecho tiene, esencialmente, un carácter práctico, de manera que la ciencia del Derecho, en todo caso, debería verse como tecnología o como ciencia social aplicada.

Ya hemos visto el papel central que en esta concepción tienen los operadores jurídicos. En relación con los legisladores, merece la pena destacar la importancia que se concede al conocimiento proporcionado por las ciencias sociales para conocer realmente cuáles son las demandas sociales que se trata de satisfacer y los medios adecuados para ello, lo que supone la necesidad de estudiar la eficacia social del Derecho y sus límites (efectos no queridos, etc.). En relación con los jueces, los realistas subrayan el papel que éstos juegan en la creación del Derecho, tienden a difuminar la distinción tradicional entre creación y aplicación del Derecho, rechazan el modelo silogístico —la “jurisprudencia mecánica”— como tesis descriptiva sobre la aplicación del Derecho y son escépticos en materia de justificación de las decisiones. Los jueces gozan de gran discrecionalidad tanto en la formulación de la norma aplicable (la interpretación es, esencialmente, una operación no cognoscitiva, puesto que no existe un significado propio de las palabras que se trate de aprehender), como en la determinación de los hechos; por eso, tiene sentido exigirles que en el desarrollo de esas operaciones adopten una orientación finalista y muestren claramente cuáles son esos objetivos en lugar de introducirlos subrepticamente; pero propiamente los jueces no pueden justificar esas decisiones (en la formulación radical de Frank —que no podría adscribirse a todo el movimiento realista— sólo cabría hablar de “racionalización” de las decisiones).

La tendencia a identificar el Derecho con el comportamiento de los jueces y de otros funcionarios supone que el criterio de demarcación de lo que es y de lo que no es Derecho no depende de la validez formal de las normas, sino de su eficacia. Ello supone, por un lado, una ampliación del catálogo de las “fuentes” del Derecho y, por otro lado, la tesis de la indeterminación del Derecho, esto es, de la dificultad de poder conocer (prever) qué es lo que, en el futuro, harán los jueces y otros funcionarios. Esa indeterminación, que puede sostenerse con un énfasis mayor o menor, ha sido utilizada muchas veces (empezando por Frank) como el criterio para dividir a los realistas: Unos (como Llewellyn) serían “escépticos frente a las reglas”, pero no renuncian a la certeza jurídica que tratan de buscar, no en las “reglas sobre el papel”, sino en las “reglas reales”: generalizaciones de la conducta judicial a partir de un análisis empírico de los factores *objetivos* de tipo económico,

sociológico, cultural, profesional, institucional, etc., que, junto con las normas, determinan las decisiones judiciales. Otros (como el propio Frank), serían además “escépticos frente a los hechos”; entienden que, en la mayoría de las ocasiones, es imposible predecir cómo será decidido un pleito, pues ello no depende tanto de las normas, cuanto de los hechos —de la apreciación judicial de los hechos—, lo cual obedece, sobre todo, a elementos de carácter puramente subjetivo o idiosincrásico; la consecuencia es que se renuncia a la certeza jurídica por considerarlo un ideal inalcanzable o, mejor dicho, un mito.

El realismo jurídico escandinavo

La desmitificación del Derecho y de las categorías con que el mismo ha sido pensado tradicionalmente es uno de los *leit-motiv* del otro gran movimiento realista del siglo XX: el escandinavo. A. Hägerström, el padre espiritual del movimiento (del que formaron parte autores como K. Olivecrona, A. V. Lundstedt y A. Ross), parte de una concepción empirista y antimetafísica del conocimiento que le llevó a desenmascarar el uso que los juristas han hecho tradicionalmente de nociones como las de “derecho”, “deber”, “propiedad”, “voluntad del Estado”, etc. Se trata de “ideas” que no tienen como base una realidad de tipo empírico, sino la creencia en poderes sobrenaturales. Pero pueden ser explicadas en términos psicológicos, esto es, a partir de las emociones psicológicas que tales expresiones suscitan en la gente y que determinan su comportamiento. Y pueden ser también utilizadas como instrumentos útiles; Ross, por ejemplo, mostró cómo el término “propiedad”, aun careciendo de referencia semántica (las normas jurídicas en que aparece podrían ser expresadas sin hacer uso de ese término), juega sin embargo un papel útil como instrumento de presentación.

Aunque las dos grandes concepciones realistas se hayan desarrollado (aproximadamente por la misma época) sin que existiera contacto entre ambas, hay muchos otros rasgos, además de la crítica de los conceptos tradicionales, que los realistas escandinavos tienen en común con los americanos. Por ejemplo, la tendencia a explicar el Derecho en términos empíricos (aunque los escandinavos resalten los elementos de tipo psicológico, frente al sociologismo americano). La concepción del Derecho como una realidad *in fieri*, como un sistema abierto que opera en una sociedad en constante transformación. La tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral. El relativismo en materia de moral. La idea de que el Derecho es un instrumento para fines sociales y no un fin en sí mismo, aunque, de todas formas, la visión instrumentalista del Derecho es más acusada en el caso de los americanos. O el carácter creativo de la función judicial. Además, el desarrollo de este movimiento en el norte de Europa, a partir de los años treinta, parece conectado con la rápida industrialización y desarrollo social y político, que en los países escandinavos ocurrió a comienzos del siglo; es decir, el realismo jurídico, tanto en Europa como en Estados Unidos (los realistas americanos apoyaron, en general, la política del *New Deal*), parece haber sido la concepción del Derecho que se adecuaba a las necesidades de las sociedades neocapitalistas y del

Estado del bienestar.

La diferencia principal entre ambos movimientos se encuentra seguramente en las mayores preocupaciones teóricas de los escandinavos, que los aproxima también más a la concepción normativista del Derecho de la que en seguida se hablará. Esto se advierte especialmente en una obra de Alf Ross de los años cincuenta, *On Law and Justice* [Ross, 1963], en la cual el Derecho (el Derecho vigente) aparece como la fusión de dos elementos: una realidad social, la aplicación del Derecho por los tribunales; y las normas que funcionan como un esquema para comprender las acciones de los jueces. Por lo demás, Ross considera que las normas jurídicas no son sólo normas de conducta, sino también normas de competencia; establece una conexión entre el Derecho y la fuerza de tipo interno: la fuerza es lo regulado por las normas jurídicas; separa el Derecho de la moral y es emotivista en materia de moral; construye un modelo de ciencia jurídica como ciencia empírica y predictiva; tiene una concepción amplia de las fuentes del Derecho (en donde incluye la “razón” o “tradición de cultura”); y da gran importancia a los factores pragmáticos en la interpretación del Derecho.

El normativismo

Tipos de normativismo

El normativismo —la idea de que el Derecho consiste fundamentalmente en normas— es la concepción seguramente más difundida del siglo XX y, sin duda, la más desarrollada desde el punto de vista teórico. Hay, obviamente, muchos tipos de normativismo, puesto que las normas se pueden entender de diversas maneras, existen muchos tipos de normas (y de normas jurídicas) y cabe ofrecer también visiones diferentes sobre las relaciones de las normas con la fuerza, con la conducta humana, con los valores, etc. A pesar de esto (y de que el “normativismo” es muchas veces una concepción “difusa” del Derecho que puede combinarse —en dosis e intensidades variables— con muchas otras), quizás sea posible reducir todos los tipos de normativismo del siglo XX a dos modelos básicos: el normativismo formalista de Hans Kelsen y el normativismo analítico (o positivismo analítico) representado de manera paradigmática por la obra de Herbert L. A. Hart.

Las concepciones del Derecho de Kelsen y de Hart difieren en muchos aspectos de importancia no secundaria, pero hay también coincidencias esenciales que los separan tanto de los iusnaturalistas como de los realistas. Kelsen y Hart son autores positivistas que parten de la idea de que una cosa es describir o explicar lo que es el Derecho y otra valorarlo moralmente; igualmente, los separa del iusnaturalismo —o de la mayor parte de los iusnaturalistas— la idea de que el Derecho es creado y modificado exclusivamente por actos humanos. Con el realismo (especialmente con el americano), aparte de que Kelsen y Hart pongan el acento en las normas, en lugar de en la conducta de los jueces, les diferencia la

forma de aproximarse al Derecho: aunque también ellos entiendan que el Derecho tiene un carácter exclusivamente instrumental o, como dice Kelsen, que es una “técnica de organización social”, no es esto, es decir, no son los aspectos prácticos lo que les interesa de manera fundamental, sino más bien avanzar en el conocimiento del Derecho; cabría decir que su enfoque del Derecho no es técnico o tecnológico, sino científico; en el caso de Kelsen, podría decirse incluso que, para él, el Derecho es una realidad que existe para ser conocida plenamente (en sus aspectos formales) por la ciencia o la teoría del Derecho.

El normativismo (positivismo) formalista: H. Kelsen

Kelsen es el mayor jurista del siglo XX y autor de una elaboradísima concepción del Derecho —la *teoría pura* del Derecho, que formula en los años treinta; la segunda y definitiva edición es de 1960— de impresionante coherencia interna. Su concepción del Derecho presenta, sin duda, algunos rasgos en común con el formalismo jurídico tradicional: por ejemplo, la idea de que un sistema jurídico es completo —carente de lagunas—, la importancia de construir un sistema de conceptos, de considerar al Derecho como un sistema cerrado con respecto a la sociedad, etc. Pero se diferencia radicalmente del formalismo en la manera de entender la interpretación y la aplicación del Derecho.

Para Kelsen, el componente fundamental —y, en cierto modo, único— del Derecho son las normas; exactamente, las normas coactivas. Las normas no pertenecen al mundo del “ser”, sino al del “deber ser”; no establecen cómo alguien se comporta, sino cómo debe comportarse. La estructura de una norma jurídica es de tipo condicional o hipotético: “si es A, entonces debe ser B”, donde B significa la sanción y A el acto ilícito. A partir de aquí, pueden definirse otros conceptos básicos del Derecho como los de responsabilidad, deber jurídico, derecho subjetivo, etc.

Ahora bien, el Derecho puede contemplarse no sólo desde un punto de vista estático (como un conjunto de normas), sino también desde una perspectiva dinámica, esto es, como la serie de actos mediante los cuales el Derecho es creado y aplicado. Desde este segundo punto de vista, el Derecho tiene la particularidad de que regula su propia creación y aplicación; en la terminología puesta de moda por el sociólogo Niklas Luhmann, es un sistema *autopoietico*. El Derecho aparece ahora como una estructura de tipo jerárquico, en la que cabe distinguir diversas gradas: la constitución, la legislación, la jurisdicción... Ese análisis muestra, según Kelsen, que la oposición entre creación y aplicación del Derecho es simplemente relativa: la mayor parte de los actos jurídicos lo son tanto de creación como de aplicación del Derecho: aplican una norma de grado superior y crean una de grado inferior; las únicas excepciones son, por abajo, los actos de ejecución que son mera aplicación de normas individuales y, por arriba, la norma que ocupa el vértice de la pirámide que, obviamente, no puede ser aplicación de ninguna otra.

La coacción juega un papel fundamental en esta concepción, pues si la normatividad es el género al que pertenece el Derecho, la coactividad es su diferencia específica con respecto a otros órdenes normativos, como el de la moral. Pero además, el Derecho aparece como una organización de la fuerza; esto es, el Derecho se atribuye el monopolio de la fuerza, de manera que cualquier acto de coacción no autorizado por el Derecho es un acto ilícito. Un aspecto particularmente importante de esa manera de entender las relaciones entre el Derecho y la fuerza es la identificación que efectúa Kelsen del Derecho con el Estado (que también sería un conjunto de normas). El dualismo tradicional entre Derecho y Estado (y lo mismo cabe decir de otros dualismos, como el que se da entre el Derecho objetivo —en cuanto conjunto de normas— y el derecho subjetivo, o entre el Derecho positivo y el Derecho natural) cumple para Kelsen tan sólo una función de tipo ideológico: contribuir a legitimar el Estado por medio del Derecho.

En materia de moral, Kelsen es relativista. Existen, claro está, juicios morales, pero éstos tienen carácter meramente relativo; pretender absolutizarlos es irracional, y de ahí que, para Kelsen, la justicia —que tiende a presentarse como un valor absoluto— constituya un “ideal irracional”. La tesis de que un orden social inmoral no constituye Derecho es inaceptable, pues presupone que existe una moral absoluta, válida para todo tiempo y lugar. Ello está ligado a dos cuestiones de gran importancia: una es que, para Kelsen, el Derecho puede tener cualquier contenido; la otra es que los únicos valores que pueden considerarse internos al Derecho son de carácter formal: el orden (que protege a los individuos del uso de la fuerza por parte de los otros), la seguridad colectiva y la paz (que, de todas formas, es sólo relativa, pues el Derecho no asegura la ausencia del uso de la fuerza).

Un aspecto fundamental de la concepción kelseniana del Derecho es su pretensión de construir una teoría *pura* del Derecho, de elevar la Jurisprudencia al estadio de ciencia rigurosa. Para ello parte de la idea neokantiana de que la ciencia “construye” (desde el punto de vista epistemológico) su objeto, lo cual supone someter al Derecho a un doble proceso de depuración. En primer lugar, hay que separar las normas de los hechos y, por tanto, la ciencia jurídica —como ciencia normativa—, de las ciencias factuales; estas últimas establecen relaciones de causalidad entre hechos (naturales o sociales) que se traducen en enunciados de ser (“si es A, entonces es B”), mientras que las ciencias normativas enlazan una conducta con su consecuencia mediante un tipo de conexión al que llama *imputación* (“si es A, entonces debe ser B”). El segundo paso consiste en separar el Derecho, como fenómeno normativo, de la moral o de la política, y la ciencia del Derecho, de la política jurídica. Hemos visto que el Derecho también es un deber ser, consiste en normas, pero las normas jurídicas son, para Kelsen, el significado *objetivo* de ciertos actos, mientras que los juicios morales, los juicios sobre lo que debería ser el Derecho —sobre el Derecho justo—, tienen sólo un significado *subjetivo*, son ideológicos. Bien entendido, Kelsen no pretende que el Derecho sea puro, ajeno a la sociedad y al poder político; lo que ha de ser puro es su

conocimiento, la ciencia del Derecho.

Lo que dota de objetividad a las normas de un sistema jurídico es su validez. A diferencia de otros sistemas normativos, como el de la moral, que son estáticos (la validez de sus normas proviene de su contenido), el Derecho —como se ha visto— es un sistema dinámico que regula su propia creación: una determinada norma es válida si ha sido creada en conformidad con los procedimientos establecidos en otra norma de grado superior, lo que nos lleva hasta una última norma cuya validez no puede derivarse ya de otra superior: la norma fundamental. Ésta (la *Grundnorm*) no es ya una norma puesta, establecida por un acto humano, sino presupuesta por el científico del Derecho. El jurista teórico tiene que aceptar esa norma fundamental (que prescribe la obligación de obedecer el Derecho positivo) para dar unidad al Derecho y poder explicarlo; pero, según Kelsen, se trata de una aceptación meramente hipotética y relativa: se hace por motivos meramente científicos y no implica ningún compromiso de tipo moral. Ahora bien, puesto que lo que permite delimitar el Derecho del no-Derecho es la validez (que se define en términos formales: una norma es válida si ha sido establecida según los procedimientos fijados en las normas superiores), se plantea el problema de que pueda considerarse como Derecho a normas que carezcan de eficacia (las normas “sobre el papel” de los realistas). Para evitarlo, Kelsen establece un “principio de eficacia”, según el cual, la norma fundamental sólo es supuesta si el orden jurídico en su conjunto es, en cierta medida, eficaz; esto es, la eficacia, aunque no forme propiamente parte del criterio de la validez, es un presupuesto para ella.

Kelsen construye una teoría general del Derecho (la teoría *pura*) que debe dar cuenta de los conceptos básicos de todo Derecho. Además, propone un modelo de dogmática jurídica (la ciencia que se ocupa de un Derecho particular o de un fragmento del mismo), en cuanto disciplina: 1) normativa, en el sentido de que describe normas y lo hace normativamente (distingue, pues, entre las normas — *Soll-Normen*— en que consiste el Derecho positivo, y los enunciados normativos — *Soll-Sätze*— que configuran la ciencia jurídica; 2) axiológicamente neutral, objetiva, puesto que se limita a explicar el Derecho positivo, el Derecho válido, sin valorarlo; 3) autónoma con respecto a las ciencias sociales, a la ciencia política o a la ética.

Como ya se ha visto, Kelsen reconoce el papel creador del Derecho por parte de los jueces (o de los órganos administrativos), al relativizar la distinción entre la creación y la aplicación de las normas. En cuanto a la interpretación, distingue entre la interpretación auténtica, que realizan los órganos aplicadores, y la interpretación del científico del Derecho; la primera consiste en actos de voluntad que se realizan en cada momento de la aplicación del Derecho, pues las normas son marcos abiertos a diversas posibilidades; esto es, el Derecho, según Kelsen, está (parcialmente) indeterminado hasta llegar al momento de la ejecución, y no existen reglas del método jurídico que permitan conducir al intérprete a un único resultado (por eso, la seguridad jurídica no puede ser más que relativa). La

actividad interpretativa del científico del Derecho, por el contrario, es puramente cognoscitiva: él debe limitarse a poner de manifiesto los posibles sentidos de las normas, sin decantarse por ninguno de ellos.

El normativismo (positivismo) analítico: H. Hart

La concepción del Derecho de Kelsen está ligada, sin duda, a la defensa del Estado democrático y de los valores de tolerancia y libertad que, a su vez, se apoyan en el relativismo ético. La teoría pura del Derecho viene a ser una forma de oponerse —en el plano teórico— a los diversos totalitarismos del siglo XX, desde los fascismos al estalinismo. La defensa del Estado de Derecho resulta también clara en la concepción de Hart que, en muchos aspectos, puede considerarse como una superación del normativismo formalista de Kelsen y el empirismo de los autores realistas; la importancia que Hart atribuye a lo que llama “normas secundarias” está conectada con la defensa del valor de autonomía (las que confieren poderes privados) y con el principio de legalidad (las que confieren poderes públicos).

Mientras Kelsen construye una teoría normativa del Derecho que, sobre la base de la filosofía neokantiana, trata de dar cuenta de los aspectos formales del Derecho, de los conceptos comunes a cualquier sistema jurídico, Hart se propone elaborar una teoría del Derecho que él define como “sociología descriptiva”, aunque, desde luego, se trata de una sociología un tanto especial [v. Cotterrell, 1989]. Pues lo que Hart trata de describir, básicamente, es la manera como los juristas y la gente en general utiliza el lenguaje del Derecho. Para ello recurre a los instrumentos elaborados por la filosofía analítica que él entiende como un método que no sólo permite analizar el significado de las expresiones, sino también —a través de ese análisis— comprender mejor el funcionamiento de las instituciones sociales y, en particular, del Derecho.

El punto de partida de Hart en *El concepto de Derecho* (su obra maestra, publicada en 1961) consiste en mostrar por qué el Derecho no puede verse simplemente como un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas. A tal fin, introduce el concepto de norma social que distingue de los hábitos. En las normas se darían estos dos elementos: un comportamiento regular, que también aparece en los hábitos, y que viene a constituir el aspecto externo de las normas; y la aceptación de dicho comportamiento, que sería el aspecto interno de las normas: la aceptación supone la existencia de una cierta actitud (de aprobación o rechazo) que se traduce en el uso de cierto lenguaje (“es obligatorio”, “X tiene derecho a...”, etc.).

Los sistemas jurídicos evolucionados se caracterizan porque en ellos hay dos tipos fundamentales de normas, las primarias y las secundarias, de las que ya tratamos en un capítulo anterior. Este tipo de normativismo le permite a Hart mantener una concepción flexible respecto a la relación entre el Derecho y la fuerza física, pues existen tipos de normas —las secundarias— que no llevan aparejada

una sanción; la única consecuencia de no cumplir con los requisitos ahí establecidos sería la nulidad, esto es, el que no se consigan ciertos resultados. E, igualmente, le permite mostrar que las normas cumplen una variedad de funciones: guiar la conducta, introducir cambios sociales, resolver conflictos, etc.

Hart sostiene la tesis de la separación entre el Derecho y la moral, pero no piensa que las normas de un sistema jurídico puedan tener cualquier contenido. Él no es ya un emotivista ético, sino que sostiene un objetivismo mínimo que le aproxima al Derecho natural. En su opinión —y como ya se vio anteriormente—, se pueden establecer racionalmente unos mínimos contenidos de justicia; es decir, se pueden justificar racionalmente ciertas reglas de conducta que toda organización social debe contener para ser viable (que él denomina “contenido mínimo de Derecho natural”) y que derivan de una serie de rasgos característicos del mundo y de los hombres (como la vulnerabilidad humana, la igualdad aproximada de los hombres, el altruismo limitado, los recursos limitados o la comprensión y fuerza de voluntad limitadas). Sin embargo, su concepción difiere del Derecho natural tradicional, pues Hart no pretende que los principios que él deriva de los anteriores rasgos tengan un carácter universal e inmutable y, además, entiende en forma distinta al iusnaturalismo las relaciones entre el Derecho y la moral; su teoría del contenido mínimo del Derecho natural permite explicar que exista una zona más o menos amplia de confluencia entre el Derecho y la moral pero, para Hart, una norma tiene carácter jurídico, no por razones morales, sino porque el propio ordenamiento jurídico —la regla de reconocimiento— le otorga validez jurídica.

Hart no se preocupó mucho por construir un modelo de ciencia jurídica (la “dogmática jurídica” es fundamentalmente un producto de la Europa continental), pero elaboró una importante distinción entre dos tipos de discursos sobre el Derecho, sobre las normas, la cual se ha usado luego para aclarar en qué consiste la dogmática jurídica. Se trata de la distinción entre los enunciados emitidos desde un punto de vista interno, es decir, formulados por alguien que forma parte del grupo y acepta las normas; y enunciados emitidos desde un punto de vista externo, esto es, los que formula un observador desde fuera del propio ordenamiento. Los enunciados de la dogmática pertenecen al primer tipo (aunque no sean los únicos) y presuponen, por tanto, la noción de aceptación que, como ya hemos visto, constituye un ingrediente necesario del concepto de norma. Para que exista un ordenamiento jurídico es necesario que sea aceptado, que sea eficaz; sin embargo, es suficiente con que sea aceptado por los funcionarios y obedecido por el resto de la población en general, e incluso bastaría con que fuese aceptada su regla de reconocimiento. Este concepto hartiano es el equivalente a la *Grundnorm* de Kelsen, pero Hart entiende que la regla de reconocimiento constituye una especie de práctica social; de ella no puede decirse ya que sea válida ni inválida, sino que, simplemente, existe o no. Normas válidas, para Hart, son las que satisfacen los criterios de la regla de reconocimiento del sistema (por ejemplo, una que dijera que “son normas válidas del sistema X las normas constitucionales y las creadas o

recibidas de acuerdo con esa constitución”), de manera que es posible que algunas de esas normas resulten inaplicadas, pues la eficacia se predica del ordenamiento jurídico en su conjunto.

Otro importante aspecto de la concepción de Hart es la manera como plantea el problema de la interpretación. La suya es una posición intermedia entre la formalista y la escéptica (incluyendo aquí tanto a los autores realistas como a Kelsen) a la que ya antes nos hemos referido y que puede sintetizarse así: el Derecho no tiene un carácter cerrado, pues las normas se expresan en un lenguaje natural, una de cuyas características centrales es la vaguedad potencial o textura abierta: los conceptos jurídicos no pueden definirse de manera totalmente precisa, pues además de zonas claras de aplicación (o de no aplicación) de las expresiones existe siempre, al menos potencialmente, una zona de penumbra, imposible de cerrar a priori; cabe hablar así de casos fáciles (los que caen en la zona de claridad), en los que el intérprete —el juez— no ejerce ninguna discrecionalidad, sino que se limita a descubrir un significado ya existente, y de casos difíciles (los que caen en la zona de la penumbra) en los que el juez necesariamente tiene que decidir, esto es, ejerce su discrecionalidad, aunque no lo haga de manera arbitraria.

El iusnaturalismo

El iusnaturalismo en el siglo XX

El siglo XX ha conocido muchos tipos de iusnaturalismos. El más persistente ha sido el iusnaturalismo tradicional, escolástico o neoescolástico, que se caracteriza por sostener la existencia de ciertos principios absolutos e inmutables (de Derecho natural), cuyo respeto es condición necesaria para que el Derecho positivo exista o pueda considerarse Derecho válido. Esos principios, por otro lado, no son una creación humana, sino una manifestación de la razón o de la voluntad de Dios. Se trata de una concepción del Derecho incompatible con el positivismo de los realistas o de los normativistas, pero que puede ser —muchas veces lo ha sido— complementaria del formalismo; la condición para esto último es que se presuponga que el Derecho positivo —determinado Derecho positivo— no contradice los principios del Derecho natural.

A pesar de su implantación en la cultura jurídica de los países de tradición católica (aunque quizás más como ideología que otra cosa), esa concepción no encaja bien con la realidad de las sociedades del mundo occidental, cada vez más secularizadas y menos dispuestas a creer en la existencia de valores absolutos. Sin embargo, de ahí no parece seguirse que en nuestras sociedades no haya ya (no haya habido en el siglo XX) espacio para las concepciones iusnaturalistas. Bien al contrario, después de la segunda guerra mundial (sobre todo, como consecuencia de la experiencia del nazismo) se habló incluso de un “renacimiento del Derecho natural”, representado por una serie de autores que subrayaron la necesidad de entender el Derecho como algo más que la simple manifestación de la voluntad

política (al positivismo jurídico se le acusó de servir de vehículo del totalitarismo político) y postularon la existencia de un Derecho “supralegal” que fijara límites a la acción del legislador y de los gobernantes. Ahora bien, esos límites no se trataron de extraer, en general, de un Derecho natural trascendente y absoluto, sino de la “naturaleza de la cosa”, esto es, a partir de una noción no fácil de precisar, pero que no supone —o no supone necesariamente— una realidad trascendente, sino que, más bien, lleva a hablar de un Derecho natural “histórico”, “de contenido variable”, etc.

Esa forma de iusnaturalismo —el de la naturaleza de la cosa o de las cosas— tuvo una gran importancia en muchos países de Europa continental (especialmente en Alemania, con las obras de Gustav Radbruch, Hans Welzel o Werner Maihofer) en las décadas centrales del siglo. Sin embargo, la concepción iusnaturalista que, a la larga, resultó más influyente —y que era más original— se encuentra en la obra de un jurista norteamericano: Lon L. Fuller.

El Derecho natural procedimental: L. Fuller

El Derecho natural que defiende Fuller también por esa misma época no tiene que ver con la religión ni con el absolutismo moral y ni siquiera supone la existencia de un Derecho “superior” al Derecho positivo; se trata de un Derecho natural que, básicamente, tiene carácter procedimental o institucional y que forma parte del mismo Derecho positivo, esto es, constituye lo que él denomina “la moralidad interna” del Derecho.

Para Fuller, la noción básica para entender el Derecho no es la de norma ni la de sistema normativo, sino la de procedimiento. De ahí que critique a las concepciones normativistas (como las de Kelsen o Hart) y que vea el Derecho como una empresa, como una actividad encaminada a un fin: sujetar la conducta humana al gobierno de normas. Lo que a él le importa, sobre todo, son las “formas básicas del orden social”, esto es, los procedimientos que ordenan la sociedad (la costumbre, los contratos, la legislación, la aplicación judicial del Derecho, etc.) y que dan lugar a diversas formas de Derecho. Ello no quiere decir que el Derecho no consista en normas, sino que las normas no son “cosas”, sino “artefactos”, un tipo de realidad incomprensible (a diferencia de la realidad natural) si se separa de la idea de un propósito y, por tanto, de los medios para lograr ese objetivo [v. Summers, 1984].

Una consecuencia importante de esa aproximación *fisiológica* al Derecho es que la coerción, la fuerza, no es ya la característica distintiva de lo jurídico (como ocurría con las concepciones *anatómicas* del Derecho —las de los positivistas— que se fijan en el Derecho visto como estructura). Para que exista un ordenamiento jurídico (y no un régimen de mera arbitrariedad) se necesita, según Fuller, que se cumplan, al menos hasta cierto punto, diversos requisitos de carácter procedimental; esto es, las normas que integran un Derecho han de tener carácter

general, deben haber sido promulgadas, no deben ser retroactivas (deben referirse fundamentalmente al futuro, no al pasado), resultar claras e inteligibles, no ser contradictorias, no exigir lo imposible, mantener cierta estabilidad a lo largo del tiempo, y deben también ser aplicadas de forma congruente con su formulación. Si no se cumplen mínimamente esas exigencias (como habría ocurrido durante el nazismo), entonces no puede decirse que haya un Derecho, ni tampoco que exista una obligación de obedecerlo. De aquí se derivan, al menos, dos consecuencias importantes. Una es que la existencia de un sistema jurídico es una cuestión de grado: una empresa, un objetivo, puede alcanzarse en mayor o menor medida. La otra es que puede existir un sistema válido (que cumpla básicamente con las anteriores condiciones) pero injusto, esto es, que contenga normas contrarias a la moral (pero que, sin embargo —por razones institucionales—, haya obligación de obedecer). Al efectuar este último juicio, lo que entra en juego es la moral externa, mientras que los requisitos señalados antes constituyen la moralidad interna del Derecho, a la que Fuller llama también el ideal de la legalidad: si no se cumple, al menos en cierta medida, no cabe hablar de Derecho, de forma semejante a como no diríamos que practica la medicina alguien que no hace mínimamente uso de los medios adecuados para curar. Y si bien el cumplimiento de esos requisitos procedimentales es compatible con la existencia de un sistema injusto desde el punto de vista sustantivo, Fuller considera que la moralidad interna hace más improbable que esto ocurra, de manera que entre la moral interna y la externa existe una cierta conexión.

Hay además otra importante distinción que Fuller establece a propósito de la moral: por un lado estaría la moral del deber, la que prescribe las normas básicas sin las cuales es imposible lograr una sociedad ordenada; y, por otro, la moral de aspiración, de la vida ejemplar, de la excelencia. La moral interna del Derecho constituye para él, esencialmente, una moral de aspiración. Pero eso no quiere decir que el Derecho natural tenga exclusivamente un carácter procedimental. Habría también un contenido mínimo de Derecho natural sustantivo (moral del deber) que se contendría en este mandato: “descubre, mantén y preserva la integridad de los conductos mediante los cuales los hombres se comunican entre sí lo que piensan, sienten y desean”.

Una consecuencia de todo lo anterior es que Fuller se opone al criterio de demarcación entre el Derecho y el noDerecho (la moral) que proponen los positivistas y, en particular, al de Hart. La regla de reconocimiento no puede servir para cumplir ese cometido, al menos en países como los Estados Unidos en donde muchos de los tests de validez utilizados para reconocer el Derecho apelan a conceptos morales y se basan en cuestiones de contenido (no en criterios simplemente formales: en su procedencia de una cierta autoridad). Además, Fuller defiende la idea de que es imposible trazar una línea clara de demarcación entre el Derecho y la moral y considera bueno que las cosas sean así, pues al no existir tal distinción (entre el Derecho que es y el que debe ser), se fomenta la creatividad judicial y la utilización de un estilo antiformalista en la interpretación y aplicación

del Derecho.

A propósito de esta última cuestión, Fuller, como los realistas, concede gran importancia a la interpretación teleológica, esto es, a tener en cuenta las finalidades de las normas; pero, a diferencia de estos últimos, da un gran peso a las razones morales y considera que existen criterios objetivos para medir la corrección de las decisiones; es más, la función principal del juez al decidir casos es la de contribuir a crear un cuerpo de moral común que permita definir lo que es un “hombre bueno” (y no, por tanto, señalar únicamente al “hombre malo” cuáles son los límites que tiene que respetar). Por lo demás, es interesante señalar que Fuller no circunscribe el Derecho a la acción judicial; como se ha dicho, él parte de que existen muchos otros procedimientos de creación del orden social y, en particular, prestó especial atención al arbitraje y a la mediación.

En definitiva, el Derecho para Fuller es un instrumento, una técnica para conseguir objetivos muy variados, pero no cualquier objetivo puede conseguirse a través del Derecho. La moral interna del Derecho no es neutral en cuanto al concepto de hombre que implica: embarcarse en la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de reglas implica necesariamente la visión del hombre como un ser responsable y dotado de dignidad, capaz de comprender y obedecer las reglas y responsable por sus faltas.

El marxismo jurídico

La importancia del marxismo como concepción del Derecho del siglo XX deriva, en primer lugar, de la vigencia durante muchas décadas de sistemas de Derecho socialista (inspirados en la filosofía marxista) y, en segundo lugar, del hecho de que el marxismo ha jugado en los países del occidente europeo y en latinoamérica (no así en Estados Unidos) un papel relevante en cuanto alternativa a la concepción de la sociedad —y del Derecho— dominantes en los países capitalistas.

No era fácil que el marxismo pudiera desempeñar esas funciones, pues, en principio, se trata de una filosofía que tiende a ver el Derecho en forma negativa y, desde luego, bastante distinta a las otras concepciones que hemos examinado. Por ejemplo, del formalismo le separa radicalmente la consideración del Derecho como una variable dependiente de la sociedad; el marxismo es lo contrario de una concepción que parte del carácter cerrado del Derecho, de que éste es un fin en sí mismo. Pero el antiformalismo tampoco aproxima demasiado el marxismo a las corrientes realistas: aunque el Derecho no constituya para ellos un fin en sí mismo, los marxistas son más bien escépticos (o, por lo menos, lo fueron durante mucho tiempo) en cuanto a considerar que el Derecho pueda jugar un papel importante en la transformación social. Tampoco parece fácil conciliar el marxismo con el normativismo; desde una perspectiva marxista, la clave para comprender el Derecho tendrían que suministrarla nociones tales como la de relación de

producción, interés de clase, ideología, etc., pero no la de norma, que no pasaría de ser un elemento de tipo superestructural o ideológico. Y, en fin, la idea de un Derecho natural parece verdaderamente antitética con una concepción no sólo inmanentista, sino profundamente historicista de los fenómenos sociales.

Marxismo fuerte y débil

Las tesis en que están de acuerdo todos los autores marxistas parecen ser éstas [v. Atienza y Ruiz Manero, 1993, cap. 1]: 1) el Derecho tiene un carácter clasista; 2) es un fenómeno histórico, en el sentido de que es una realidad vinculada a ciertas formas de organización social; 3) desempeña un papel subordinado (al menos, relativamente subordinado) en relación con otros elementos del todo social; 4) tiene carácter ideológico. A ello se añade: 5) una actitud de rechazo frente al modelo tradicional de ciencia jurídica, y 6) una actitud cuando menos de desconfianza o de sospecha frente a los “valores” que el Derecho realiza o debería realizar: la justicia o los derechos humanos. Se trata de tesis genéricas y que pueden sostenerse con diversos grados de intensidad: las versiones fuertes tienden a conformar una concepción escéptica del Derecho (o, por lo menos, del Derecho de un Estado democrático) que difícilmente puede servir como una guía para el jurista que ha de operar en él; las versiones débiles conforman una concepción que podría cumplir este cometido, pero seguramente al precio de renunciar a ser una alternativa global a todas las otras concepciones que hemos examinado.

Por ejemplo, la versión fuerte de la tesis del carácter clasista hace del Derecho un mero precipitado de los intereses de la clase social dominante (una concepción que puede encontrarse en muchos juristas soviéticos de la primera época), mientras que, en su versión débil, el acento se pone en la limitación (en el carácter clasista) del tratamiento igual (pero de individuos diferentes) en cuanto característica del Derecho moderno, del Derecho burgués; para que el Derecho deje de tener un carácter clasista (persiga una igualdad material o real) se necesitaría tratar mejor a los individuos peor situados socialmente.

La tesis de que el Derecho es una forma de organización social vinculada a un determinado tipo de sociedad fue sostenida con especial fuerza por Eugeni Pashukanis, seguramente el jurista marxista de mayor relieve teórico, y desaparecido en uno de los procesos de Moscú desencadenados por Stalin. Según Pashukanis, el Derecho es “la forma mistificada de una relación social específica: la relación entre poseedores de mercancías que intercambian equivalentes”. En esta tesis se contienen también, como corolarios suyos, las siguientes afirmaciones: 1) el Derecho se identifica con el Derecho burgués-capitalista (los Derechos de los tipos de sociedad anteriores al capitalismo serían, cabría decir, formas aún no plenamente desarrolladas de lo jurídico); 2) el núcleo de ese Derecho es el Derecho privado; 3) el Derecho es incompatible con una sociedad de individuos emancipados: la sociedad comunista lleva consigo la extinción del Derecho y del

Estado; 4) en la fase de transición a esta sociedad, el papel fundamental no ha de jugarlo el Derecho, sino la política. Ahora bien, una lectura débil de la tesis del carácter histórico del Derecho consiste en afirmar estas dos cosas. La primera es que el Derecho es no sólo un fenómeno social, sino también histórico, en el sentido de que surge en un determinado momento del desarrollo social y de que cada tipo de sociedad genera también un tipo distinto de Derecho, de manera que, con independencia de la subsistencia o no de alguna forma de regulación jurídica, el horizonte del Derecho burgués bien podría ser rebasado en el curso de la evolución social. Y la segunda afirmación —quizás uno de los mayores méritos de la obra de Pashukanis— es que no sólo el Derecho, sino también las categorías jurídicas (las de “derecho subjetivo”, “sujeto de Derecho”, “ley”, “responsabilidad”, etc.), sólo pueden ser plenamente comprendidas si se las piensa históricamente.

La tesis fuerte del carácter subordinado del Derecho en el conjunto social no es otra cosa que el economicismo común a muchas concepciones marxistas del Derecho. Sin embargo, postular la determinación del Derecho por la economía (o incluso la reducción del Derecho a términos económicos) se compadece mal con hechos tales como la creciente intervención del Estado —a través de instrumentos jurídicos— en la regulación de los procesos productivos o con la utilización del Derecho como instrumento de transformación social. Por eso, el marxismo “occidental” de los años sesenta y setenta sostuvo, en general, la tesis de la “determinación en última instancia” del Derecho por la economía, lo que no excluía que el Derecho —los elementos superestructurales— pudiese incidir hasta cierto punto en la base social. En definitiva, no habría tanto una *determinación* de unos elementos de la sociedad por otros, sino más bien una *interacción* entre todos ellos.

El Derecho —de acuerdo con la tesis fuerte de su carácter ideológico— sería un fenómeno de falsa conciencia, carente de historia propia y que no contribuye más que a enmascarar o justificar la dominación de una clase por otra. En su versión débil, sin embargo, el Derecho no podría reducirse sin más a ideología, pero muchas instituciones y normas jurídicas tienen un carácter ideológico, en cuanto sugieren una idea deformada de las relaciones sociales; las figuras jurídicas del contrato y del salario serían ejemplos paradigmáticos, en cuanto encubrirían con un manto de libertad y de igualdad, en un caso, y de equivalencia entre lo que se da y lo que se recibe, en el otro, el hecho real de la explotación capitalista.

Sostener las anteriores tesis en la versión fuerte implica también, lógicamente, negar que sea posible una ciencia del Derecho. Si el Derecho es un fenómeno que carece de autonomía, que deforma la realidad, destinado a extinguirse, etc., entonces no parece que tenga mucho sentido construir, sobre esa base, lo que tradicionalmente se denomina “dogmática jurídica” y que exige asumir un punto de vista interno (o, en todo caso, sólo muy moderadamente externo); lo único que quedaría abierto sería un análisis externo del Derecho como el que supone la historia, la sociología o la crítica ideológica del Derecho. Sin

embargo, si se asumen las anteriores tesis en su versión débil, cabe todavía pensar en la construcción de una ciencia o dogmática jurídica que, eso sí, tendría que responder a un modelo alternativo al de la ciencia jurídica tradicional; algunas de sus características fundamentales podrían ser las siguientes: evitar separar la dogmática jurídica de la sociología del Derecho; tratar de configurar el análisis del Derecho dentro de un modelo de ciencia social integrada; no renunciar a un análisis histórico de las categorías jurídicas; desenmascarar los elementos ideológicos del Derecho o de la propia dogmática jurídica; potenciar los elementos de transformación social presentes en el Derecho moderno.

Finalmente, la radicalización de la actitud de desconfianza hacia la ideología de la justicia y de los derechos humanos lleva a entender el marxismo como una concepción de la ética fuertemente no cognoscitivista, próxima incluso al nihilismo ético: si el advenimiento de la sociedad comunista tiene carácter de necesidad, entonces desaparece en cierto modo el “deber ser” moral; y si los derechos humanos se identifican con los derechos de la burguesía, entonces de lo que se trata no es ya de llevarlos a la práctica, sino de superarlos. Sin embargo, esa actitud de desconfianza puede hacerse compatible con la construcción tanto de una teoría normativa como de una teoría histórico-explicativa de los derechos humanos. Frente al énfasis que una teoría liberal de los derechos humanos pone en principios tales como el de autonomía, inviolabilidad de la persona humana o dignidad, los marxistas subrayarían el de las necesidades básicas, el de la cooperación y el de la solidaridad; y por lo que se refiere a la dimensión histórico-explicativa, las ideas fundamentales serían la vinculación de los derechos humanos —de las ideas de libertad e igualdad— a ciertas formas de organización social, y la del carácter engañoso o, al menos, incompleto (ya que el capitalismo no puede verse como la fase final del desarrollo social) de los catálogos de derechos.

La situación actual

El panorama de las concepciones del Derecho del siglo XX se ha complicado considerablemente en las últimas décadas. Por un lado, las fronteras entre las grandes concepciones que antes examinamos —el realismo, el normativismo y el iusnaturalismo— se han difuminado considerablemente. El realismo escandinavo terminó por fundirse, en los años sesenta y setenta, con el normativismo analítico. El realismo americano —o, al menos, la versión moderada del mismo— se impuso de tal manera en las décadas centrales del siglo en los Estados Unidos que, de alguna forma, perdió sus señas de identidad; como escribió un estudioso del movimiento: “ahora ya somos todos realistas”. El normativismo hartiano incorporaba las tesis (menos radicales) de los realistas y del Derecho natural. Y la versión iusnaturalista más influyente de los últimos tiempos, la de John Finnis, no parece ser incompatible con un iuspositivismo moderado.

Por otro lado, aunque en los últimos años hemos asistido a una pléyade de visiones nuevas del Derecho (análisis económico del Derecho, feminismo jurídico,

Derecho y literatura, psicoanálisis y Derecho, Derecho postmoderno, semiótica jurídica...), la mayor parte de ellas no pueden presentarse como concepciones alternativas a las que hemos examinado, simplemente por su carácter parcial, esto es, porque no están en condiciones de ofrecer respuestas —respuestas plausibles— a muchas de las cuestiones señaladas en la *Introducción*. Por ejemplo, la capacidad del análisis económico del Derecho para explicar aspectos del Derecho y sugerir criterios para su creación, interpretación y aplicación parece indudable, pero difícilmente puede aceptarse que todos los problemas del Derecho puedan tratarse en términos de eficiencia; al fin y al cabo, tampoco la sociología del Derecho, la lógica de las normas o la informática jurídica son concepciones del Derecho, aunque suministren claves esenciales para comprender y manejar el Derecho. Y algo parecido ocurre con el feminismo jurídico, cuyo sentido no puede estar en presentarse como una teoría del Derecho —una Jurisprudencia— sino como una teoría de la igualdad.

En realidad, las concepciones (generales) del Derecho que parecen tener mayor vigencia al final del siglo son reelaboraciones, reformulaciones o desarrollos de las anteriores; de ahí que se hable de neoiusnaturalismo, de postrealismo y de postpositivismo.

Neoiusnaturalismo

Como ocurrió durante todo el transcurso del siglo, el Derecho natural inspirado en la filosofía escolástica sigue siendo una concepción de notable arraigo en los países de tradición católica. Sin embargo —y paradójicamente— la versión del iusnaturalismo más influyente del final del siglo se debe a un autor inglés, Finnis, que, por lo demás, se inspira en Aristóteles y en Tomás de Aquino. Lo que quizás sea más significativo de su obra es la tendencia a configurar el Derecho natural en un plano deontológico más bien que ontológico, esto es, como una serie de principios morales cuya función es guiar (y justificar) el Derecho positivo, pero no suministrar los criterios con que establecer la validez del Derecho y, por tanto, con los que separar el Derecho del no-Derecho. Para Finnis, el Derecho natural son los principios de la razón práctica que ordenan la vida del hombre y de la comunidad. Esos principios derivan de ciertos bienes básicos que se justifican por sí mismos: son valores objetivos, porque cualquier persona razonable no puede por más que considerarlos como bienes; se trata de la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad o amistad, la razonabilidad práctica y la religión. Ahora bien, esos bienes han de verse necesariamente en el contexto de una comunidad de seres humanos, y de ahí la necesidad de que exista un sistema jurídico que cree las condiciones para que puedan perseguirse tales bienes. Finnis reconoce la posibilidad de que un sistema jurídico pueda ir contra el bien común, pero él está interesado en el caso central, en el núcleo de significado del concepto de Derecho; y según ese significado central, el Derecho es la ordenación mediante el ejercicio de la autoridad de la vida social dirigida a la realización del bien común.

Teorías críticas del Derecho

Mientras que el análisis económico del Derecho, el *policy analysis* o el movimiento *law and society* pueden verse como un desarrollo del programa “constructivo” de los realistas americanos, el movimiento *Critical Legal Studies*, que ha tenido un gran auge en los Estados Unidos desde finales de los setenta, suele verse como un desarrollo (y una radicalización) de lo que había sido el “programa crítico” de los realistas; de hecho, se trata de una teoría escéptica sobre el Derecho que subraya su carácter indeterminado, no objetivo, etc., y tiende a identificar el Derecho con la política. Por lo demás, el realismo no es la única influencia perceptible en un movimiento sumamente ecléctico desde el punto de vista teórico (los “críticos” son básicamente juristas, más que iusfilósofos); además, en el movimiento juega un papel de cierto relieve el neomarxismo, el estructuralismo, el postmodernismo o el feminismo [v. Pérez Lledó, 1996].

Critical Legal Studies es, sin embargo, sólo una —aunque la más desarrollada e influyente— de las “teorías críticas” del Derecho. En los últimos años se han desarrollado también concepciones de este tipo en países como Inglaterra, Alemania, Francia, Italia, Argentina, Colombia o Brasil. En general, lo que vienen a sostener es una combinación de realismo jurídico (indeterminación del Derecho, carácter subjetivo del razonamiento jurídico, etc.) y de marxismo (de lo que antes se ha llamado su versión “débil”). El rasgo más característico lo constituye la asunción de un punto de vista sobre el Derecho que es al mismo tiempo crítico e interno: crítico, porque se trata de concepciones escépticas que, por tanto, no parten de una aceptación genuina del Derecho; e interno, porque se estima que el Derecho puede ser usado en forma alternativa a la tradicional.

El postpositivismo: R. Dworkin

Finalmente, como postpositivista (o antipositivista) es como hay que calificar la obra de Ronald Dworkin, sin duda el jurista más influyente en las últimas décadas del siglo y cuyas ideas guardan cierto parecido con las de Fuller. Dworkin toma como punto de partida el positivismo hartiano y critica lo que él considera como tesis centrales del positivismo (del positivismo más refinado). Pero la aproximación de Dworkin al Derecho presenta ciertos rasgos peculiares, ciertas cuestiones de perspectiva, de las que hay que partir para comprender adecuadamente su concepción. Uno es que él contempla el Derecho esencialmente, no desde el punto de vista del legislador, sino desde la perspectiva del juez que ha de resolver un caso difícil. Otro es que Dworkin pretende dar cuenta no de cualquier sistema jurídico, sino de los que pueden considerarse legitimados, esto es, de los Derechos del Estado democrático; en particular, la suya es una teoría del Derecho norteamericano. Se explica así que Dworkin no se interese por las relaciones entre el Derecho y el poder —el elemento de coacción en el que tanta insistencia puso el positivismo clásico—; que ponga el mayor énfasis en destacar los aspectos morales del Derecho; que construya una concepción del Derecho casi

exclusivamente desde el punto de vista del participante, del aceptante (lo contrario del “hombre malo” de Holmes); o que no se interese por la construcción de una ciencia jurídica que, en cierto modo, resulta una tarea imposible, pues, desde la perspectiva asumida por Dworkin, la teoría y la práctica terminan por fundirse.

Aclarado esto, la concepción que Dworkin tiene sobre el Derecho se resume fundamentalmente en la defensa de tres tesis: la de los principios, la de los derechos y la de la concepción del Derecho como interpretación.

La tesis de los principios viene a decir que un sistema jurídico no puede entenderse adecuadamente si se ve sólo como un conjunto de reglas (tesis esta última que él atribuye a Hart). Además de reglas (pautas relativamente específicas de conducta), los Derechos contienen principios que pueden ser de dos tipos: *policies* o directrices y principios en sentido estricto. En el capítulo 3 se señaló en qué consisten las diferencias entre ambos tipos de normas.

La tesis de los derechos es, en cierto modo, una consecuencia de la anterior, esto es, de la distinción entre *policies* y principios. Mientras que las *policies* son normas que se dirigen esencialmente al legislador, el destinatario de los principios son los jueces. Y, por otro lado, mientras que las *policies* fijan objetivos sociales, los principios establecen *derechos*. Los derechos se diferencian de los objetivos sociales por dos rasgos: uno es su carácter distributivo e individualizado, en el sentido de que se atribuyen a cada uno de los individuos que integran la clase de los titulares del derecho en cuestión; otro es que los derechos constituyen un límite frente a la persecución de objetivos sociales, son “triumfos” frente a la mayoría. Pues bien, en contra de lo que sostienen los positivistas en el sentido de que, en los casos difíciles, los jueces deciden en forma discrecional, Dworkin mantiene que esa discrecionalidad no puede darse, pues, si se diera, el juez invadiría la función del legislador. El juez, al decidir, no debe crear derechos, sino confirmar o denegar los derechos que han sido establecidos por los principios.

Finalmente está la tesis de que el Derecho es interpretación. Un sistema jurídico contiene reglas y principios, pero esos son más bien los materiales a utilizar para resolver litigios, no el Derecho mismo. El Derecho, para Dworkin —al menos en los casos difíciles—, no es una realidad que se ofrezca ya acabada a los jueces y a los teóricos del Derecho, sino una empresa, una institución en marcha en la que éstos han de participar, en forma semejante a como lo haría un literato que tuviera que escribir con otros una novela en cadena: cada uno goza de cierta libertad, pero su aportación ha de ser coherente con lo ya realizado. Pero el Derecho no es tanto la obra ya realizada, cuanto el proceso de llevarla a cabo; es interpretación.

Ahora bien, interpretar en el contexto de una práctica social o de una institución como el Derecho exige una determinada actitud interpretativa. Para que se adopte esa actitud se requiere, a su vez, la presencia de dos requisitos: uno es

que la práctica exista y tenga un sentido, es decir, que existan propósitos y valores (principios) que den sentido a las reglas; otro es que lo exigido o justificado por la práctica sea sensible a su sentido, esto es, que los valores tengan primacía sobre las reglas y, hasta cierto punto, contribuyan a conformarlas. Por otro lado, en la realización de la actividad interpretativa pueden distinguirse varias etapas: la preinterpretativa, en la que se identifica la práctica; la interpretativa, en la que se muestran cuáles son los objetivos y valores de la práctica, lo que exige construir una teoría (o más de una teoría) que dé cuenta de la misma; y la postinterpretativa o reformadora, en la que se trata de ver qué necesita la práctica (en qué forma ha de reformarse) para que se logre una realización máxima de sus valores. El intérprete, por ello, ha de considerar que su interpretación presenta el objeto interpretado, un determinado Derecho, como el mejor ejemplo posible de esa práctica; la interpretación excluye por tanto el escepticismo, y Dworkin considera incluso que siempre —o casi siempre— existe una única respuesta para cada caso, porque siempre hay una teoría sustantiva de carácter moral y político (de entre las que se adecuan a los materiales del Derecho) que es la mejor, la más profunda; los jueces de carne y hueso no siempre serán capaces de encontrarla, y de ahí que Dworkin cree el modelo de un juez Hércules, dotado de capacidad, cultura, paciencia e ingenio sobrehumano, capaz de lograr esta hazaña.

El paradigma constitucionalista

Tesis semejantes a las de Dworkin pueden encontrarse también en la obra de muchos autores que provienen del positivismo analítico; digamos, los sucesores de Kelsen, Hart y los realistas moderados: Neil MacCormick, Joseph Raz, Robert Alexy, Carlos Nino o Luigi Ferrajoli. No se trata de nada parecido a un movimiento, pero en sus obras puede detectarse una serie de coincidencias y de tendencias comunes con las que podría caracterizarse una concepción del Derecho, quizás aún *in statu nascendi*. Sus bases filosóficas son bastante eclécticas (además de la filosofía analítica se puede detectar —y a veces en el mismo autor— la influencia de la filosofía hermenéutica o de la teoría del discurso habermasiana), como ocurre también con su posición de cara a la teoría del Derecho (de alguna forma, se trata de una combinación de —ciertos— aspectos del realismo, del positivismo y del iusnaturalismo); sin embargo, desde el punto de vista político es claro que se trataría de una concepción que pretende dar cuenta de (y de servir para) el Derecho de los Estados constitucionales. Esos rasgos podrían formularse así: 1) La importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario —además de las reglas— para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico y, en particular, de los de las sociedades contemporáneas avanzadas. 2) La tendencia a considerar las normas —reglas y principios—, no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, sino a partir de la función que desempeñan en el razonamiento práctico. 3) La idea de que el Derecho es una realidad dinámica y que consiste no tanto —o no sólo— en una serie de normas o de enunciados de diversos tipos, cuanto —o también— en una práctica social compleja, que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc. 4) Ligado a lo

anterior, la importancia que se concede a la interpretación que es vista, más que como resultado, como un proceso racional y conformador del Derecho. 5) El debilitamiento de la distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo y, conectado con ello, la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del Derecho que no pueden reducirse ya a discursos meramente descriptivos. 6) La asunción del paradigma del constitucionalismo, lo que supone: a) entender la validez en términos sustantivos y no meramente formales (para ser válida, una norma debe respetar los principios y derechos establecidos en la constitución); b) entender que la jurisdicción no puede verse en términos legalistas —de sujeción del juez a la ley—, pues la ley debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales. 7) La tesis de que entre el Derecho y la moral existe una conexión no sólo en cuanto al contenido, sino de tipo conceptual; esa conexión puede entenderse de diversas formas, pero incluso quienes piensan que la identificación del Derecho se hace mediante algún criterio como el de la regla de reconocimiento hartiana consideran que la aceptación de la misma tiene carácter moral. 8) La tendencia a una integración entre las diversas esferas de la razón práctica: el Derecho, la moral y la política. 9) Como consecuencia de lo anterior, la idea de que la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino razón práctica; la actividad del jurista no está guiada —o no está guiada exclusivamente— por el éxito, sino por la corrección, por la pretensión de justicia. 10) La importancia puesta en la argumentación jurídica —en la necesidad de tratar de justificar racionalmente las decisiones—, como característica esencial de una sociedad democrática en la que es el poder el que se somete a la razón, y no la razón al poder. 11) Ligado a lo anterior, la convicción de que existen criterios objetivos (como el principio de universalización o el de coherencia o integridad) que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones, aunque no se acepte la tesis dworkiniana de que existe una única respuesta correcta para cada caso. 12) La consideración de que el Derecho no es sólo un instrumento para lograr objetivos sociales, sino que incorpora valores morales y que esos valores no pertenecen simplemente a una determinada moral social, sino a una moral racionalmente fundamentada.

El sentido del Derecho

Si ahora volvemos a la cuestión del sentido del Derecho que planteábamos al comienzo del capítulo, me parece que puede decirse que la concepción del Derecho que se acaba de bosquejar (y que tiene cierta difusión entre los juristas —teóricos y prácticos—, los filósofos, los científicos sociales o los ciudadanos que viven bajo alguno de nuestros sistemas jurídicos) atribuye al Derecho un sentido claramente positivo. La fe en el Derecho —por hablar en esos términos— parece haber aumentado mucho en los últimos tiempos: no deja por ejemplo de resultar curioso que hoy sea sobre todo el pensamiento de izquierda (tradicionalmente, más bien agnóstico respecto al Derecho) el más empeñado en “la lucha por el Derecho”: para condenar los comportamientos genocidas (como en el caso Pinochet) o la guerra en contra de normas de Derecho internacional (como en la

intervención de la OTAN en Kosovo); para equiparar los derechos de los nacionales y de los extranjeros (crítica a las leyes de extranjería); para instaurar un tribunal penal internacional; y, en general, para desarrollar las instituciones jurídicas y políticas —hasta llegar a un Derecho cosmopolita— con el fin de frenar la amenaza que para los valores tradicionales de la izquierda (la igualdad y la solidaridad) supone el fenómeno de la mundialización económica y financiera.

Esta lucha a favor del respeto del Derecho y de la extensión de los derechos supone sin duda el reconocimiento de que el Derecho es algo valioso en sí mismo: vivir bajo un Estado de Derecho supone, para los que estamos en esa situación, un bien incontestable. Sin embargo, el Derecho no es sólo esto. El Derecho —también el de los Estados democráticos— presta forma y contenido a la injusticia del mundo contemporáneo, cuyo rasgo central es el abismo cada vez mayor entre los ricos y los pobres, entre los poderosos y los sometidos, un abismo que separa no sólo a unas sociedades de otras, sino a unos individuos de otros que forman parte de la misma sociedad. Lo que genera ese estado de cosas no es simplemente la existencia de acciones jurídicamente ilícitas, de comportamientos delictivos. La injusticia de nuestro mundo es, en muy buena medida, una injusticia jurídica, legal; un resultado de respetar el Derecho, no de infringirlo. La división entre lo lícito y lo ilícito desde el punto de vista jurídico no coincide ni mucho menos con la licitud y la ilicitud moral.

Pues bien, esta ambigüedad del Derecho contemporáneo, el que sea al mismo tiempo un factor de liberación y de opresión, no tiene, en realidad, nada de paradójico. En cierto modo, no es más que una consecuencia de que el Derecho sea —como decía Savigny— la totalidad de la vida tomada desde un específico punto de vista. Y dado que vivimos en sociedades signadas por la desigualdad y la injusticia, sería extraño que el Derecho (un subsistema de todo el sistema social) no reflejara de alguna forma esa circunstancia. Como fenómeno individual, la vida se nos aparece como un proceso abierto, como una empresa a la que se logra o no dar un sentido dependiendo de circunstancias de tipo objetivo y subjetivo, de lo que nos viene dado y de lo que nosotros construimos. En el Derecho, en la vida social, pueden también distinguirse estos dos aspectos, pero es importante darse cuenta de que lo que nos viene dado es, en general, algo construido por otros hombres y que podríamos modificar. Estamos hechos —o hemos llegado a estarlo— de manera que no podemos dejar de vivir en sociedades organizadas jurídicamente; pero no estamos por ello condenados a vivir bajo formas de organización injustas. Lo que da sentido al Derecho —y a ocuparse profesionalmente del Derecho— no puede ser otra cosa que la aspiración a la justicia o, para decirlo en términos más modestos y más realistas: la lucha contra la injusticia.

Bibliografía*

Aguiló, J. (2000): J. Aguiló, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona.

Agustín (1946-1959): San Agustín, *La ciudad de Dios*, en *Obras Completas* (ed. bilingüe), BAC, Madrid.

Alchourrón-Bulygin (1974): C. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.

Alexy (1989): R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. de M. Atienza e I. Espejo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Añón (1994): M. J. Añón, *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Aristóteles (1959): Aristóteles, *Ética a Nicómaco* (ed. bilingüe, trad. de M. Araujo y J. Marías; introducción y notas de J. Marías), Instituto de Estudios políticos, Madrid.

Aristóteles (1979): Aristóteles, *La gran moral. Moral a Eudemo*, trad. de P. de Azcárate, Espasa Calpe, Madrid.

Arnaud (1975): A. Arnaud, *Les juristes face à la société. Du XIX siècle á nos jours*, PUF, París.

Arnaud (1981): A. Arnaud, *Critique de la raison juridique. 1. Où va la sociologie du droit?*, L. G. L. I., París.

Atienza (1983): M. Atienza, *Marx y los derechos humanos*, Mezquita, Madrid.

Atienza (1985): M. Atienza, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona (hay una nueva ed. en Fontamara, México, 1995).

Atienza (1991): M. Atienza, *Las razones del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Atienza (1993): M. Atienza, *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona.

Atienza-Ruiz Manero (1993): M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Marxismo y filosofía del Derecho*, Fontamara, México.

Atienza-Ruiz Manero (1996): M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona.

Atienza (1997): M. Atienza, *Contribución para una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid.

Aubert (1971): V. Aubert, "Algunas funciones sociales de la legislación", en *Sociología del Derecho*, Tiempo Nuevo, Caracas.

Austin (1981): J. Austin, *Sobre la utilidad del estudio de la Jurisprudencia* (traducción y estudio preliminar de F. González Vicén), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Baratta (1982): A. Baratta, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Il Mulino, Bolonia.

Barcelona y otros (1973): P. Barcelona y otros, *L'uso alternativo del diritto*, 2 vols., Laterza, Bari.

Bayón (1991): J. C. Bayón, *La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Bentham (1982): J. Bentham, *Tratados de legislación civil y penal* (ed. preparada por M. Rodríguez Gil), Editora nacional, Madrid.

Bentham (1982): J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (ed. De J. H. Burns y H. L. A. Hart), Methuen, Londres-Nueva York.

Berlin (1974): I. Berlin, "Dos conceptos de libertad", en A. Quinton: *Filosofía política* (trad. E. L. Suárez), F. C. E., Madrid-México-Buenos Aires.

Bobbio (1950): N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Turín.

Bobbio (1965): N. Bobbio, "Derecho y lógica", en N. Bobbio y A. G. Conte: *Derecho y lógica. Bibliografía de lógica jurídica (1936-1960)*, Centro de estudios Filosóficos, Universidad Autónoma de México.

Bobbio (1966): N. Bobbio, "Algunos argumentos contra el Derecho natural", en el vol. Colectivo *Crítica del Derecho natural* (trad. e introducción de E. Díaz), Taurus, Madrid.

Bobbio (1980): *Contribución a la teoría del Derecho* (ed. de A. Ruiz Miguel), Fernando Torres, Valencia.

Bobbio (1982, 1): N. Bobbio, voz "Derecho", en *Diccionario de política*,

dirigido por N. Bobbio y N. Matteuci, Siglo XXI, Madrid.

Bobbio (1982, 2): N. Bobbio, voz “democracia”, en *Diccionario de política* (1982), *ob. cit.*

Bobbio (1982, 3): N. Bobbio, voz “política”, en *Diccionario de política*, *ob. cit.*

Bobbio (1982, 4): N. Bobbio, “Presente y porvenir de los derechos humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, Universidad Complutense, Madrid.

Bobbio (1987): N. Bobbio, *Teoría general del Derecho*, Temis, Bogotá.

Bobbio (1989): N. Bobbio, *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, Fondo de Cultura Económica, México. En el capítulo 5 se hace un amplio uso de esta obra.

Bobbio (1991): N. Bobbio, *El tiempo de los derechos* (trad. R. De Asís), Ed. Sistema, Madrid.

Bredemeier (1971): H. C. Bredemeier, “El Derecho como mecanismo de integración”, en V. Aubert: *Sociología del Derecho*, *ob. cit.*

Bunge (1971): M. Bunge, *La ciencia, su método y su filosofía*, Siglo XX, Buenos Aires.

Bunge (1980, 1): M. Bunge, *Epistemología*, Ariel, Barcelona-Caracas-México.

Bunge (1980, 2): M. Bunge, *La investigación científica*, Ariel, Barcelona-Caracas-México. El planteamiento del problema de la definición y del análisis de la ambigüedad y de la vaguedad del cap. 2 se basa en esta obra.

Cairns (1969): H. Cairns, *Law and the Social Sciences*, A. M. Kelley, Nueva York.

Calabresi (1984): G. Calabresi, *El coste de los accidentes* (prol. de J. Bisbal), Ariel, Barcelona.

Calsamiglia (1977): A. Calsamiglia, *Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona.

Calsamiglia (1986): A. Calsamiglia, *Introducción a la ciencia jurídica*, Ariel, Barcelona.

Camps (1983): V. Camps, *La imaginación ética*, Seix Barral, Barcelona.

Camps (1990): V. Camps, *Virtudes públicas*, Espasa Calpe (col. Austral), Madrid.

Cannata (1996): C. A. Cannata: *Historia de la ciencia jurídica europea* (trad. L. Gutiérrez-Masson), Tecnos, Madrid.

Capella (1968): J. R. Capella, *El Derecho como lenguaje*, Ariel, Barcelona.

Capella (1976): J. R. Capella, "Sobre la justicia", en *Materiales para la Crítica de la Filosofía del Estado*, Fontanella, Barcelona.

Capella (1980): J. R. Capella, *Dos lecciones de Introducción al derecho*, Universidad Central de Barcelona.

Capella (1997): J. R. Capella, *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Trotta, Madrid.

Carbonnier (1974): J. Carbonnier, *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho* (trad. de L. Díez-Picazo), Tecnos, Madrid.

Carbonnier (1977): J. Carbonnier, *Sociología jurídica* (trad. L. Díez-Picazo), Tecnos, Madrid.

Carrió (1965): G. R. Carrió, *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires (reimpresión, 1973).

Carrió (1970): G. R. Carrió, *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Carrió (1981): G. R. Carrió, "Dworkin y el positivismo jurídico", en *Cuadernos de "Crítica"*, núm. 16, Instituto de investigaciones filosóficas, UNAM, México.

Carrit (1974): E. F. Carrit, "La libertad y la igualdad", en A. Quinton: *Filosofía política*, F. C. E., México-Madrid-Buenos Aires.

Cerroni (1972): U. Cerroni, *La libertad de los modernos* (trad. R. de la Iglesia), Martínez Roca, Barcelona.

Chalmers (1982): A. F. Chalmers, *¿Qué es esa cosa llamada ciencia? Una valoración de la naturaleza y el estatuto de la ciencia y sus métodos*, Siglo XXI, Madrid.

Comanducci (1999): P. Comanducci, *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*, Fontamara, México.

Cotterrell (1989): R. Cotterrell, *The Politics of Jurisprudence. A critical Introduction to Legal Philosophy*, Londres y Edinburgo.

Cotterrell (1991): R. Cotterrell, *Introducción a la sociología del Derecho*, Ariel, Barcelona.

Cruz (1999). J. A. Cruz, *El concepto de derecho subjetivo*, Fontamara, México.

Dahrendorf (1990): R. Dahrendorf, *El conflicto social moderno* (trad. F. Ortiz), Mondadori, Madrid.

Dahrendorf (1994): R. Dahrendorf, *Ley y orden* (trad. L. M. Díez-Picazo), Civitas, Madrid.

David (1968): R. David, *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos* (trad. de P. Bravo Gala), Aguilar, Madrid.

Delgado Pinto (1982): J. Delgado Pinto, *De nuevo sobre el problema del derecho natural*, Universidad de Salamanca.

Díaz (1971): E. Díaz, *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, (2.ª ed. 1980).

Díaz (1978): E. Díaz, *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Civitas, Madrid.

Díaz (1984): E. Díaz, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Debate, Madrid.

Díaz (1998): E. Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática* (1966), Taurus, Madrid.

Díaz (1998): E. Díaz, *Curso de filosofía del Derecho*, Marcial Pons, Madrid.

Dror (1971): Y. Dror, "El Derecho y el cambio social", en V. Aubert: *Sociología del Derecho*, ob. cit.

Dworkin (1984): R. Dworkin, *Los derechos en serio* (trad. M. Guastavino, estudio preliminar de A. Calsamiglia), Ariel, Barcelona.

Dworkin (1985): R. Dworkin, *A matter of Principles*, Harvard University Press.

Dworkin (1986): R. Dworkin, *Law's Empire*, Fontana, Londres (trad. castellana: *El imperio de la justicia*, en Gedisa, Barcelona, 1988).

Ehrlich (1976): E. Ehrlich, *I fondamenti della sociologia del diritto* (trad. italiana de A. Febbrajo), Giuffré, Milán.

Engels (1971): F. Engels, "El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado", en K. Marx-F. Engels: *Obras escogidas*, Progreso, Moscú.

Evan (1981): W. M. Evan, "Il diritto come strumento del mutamento sociale", en A. Giasanti y V. Pocar: *La teoria funzionale del diritto*, Unicopli, Milán.

Farrell (1983): M. D. Farrell, *Utilitarismo: Ética y Política*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Fassó (1978): G. Fassó, *Historia de la Filosofía del Derecho* (trad. F. J. Lorca), Pirámide, Madrid.

Febbrajo (1978): A. Febbrajo, "Introduzione" a la ed. italiana de N. Luhmann: *Sistema giuridico e dogmatica giuridica*, Il Mulino, Bolonia.

Fernández (1984): E. Fernández, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid.

Ferrajoli (1995): L. Ferrajoli, *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*, (prólogo de N. Bobbio), Trotta, Madrid.

Ferrari (1980): V. Ferrari, "L'analisi funzionale in sociologia del diritto. Problemi terminologici e problemi metodologici", en *Sociologia del diritto*, 1.

Ferrari (1989): V. Ferrari, *Funciones del Derecho*, Debate, Madrid.

Finnis (1980): J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford.

Friedmann (1966): L. M. Friedmann, *El Derecho en una sociedad en transformación*, F. C. E., México-Buenos Aires.

Fuller (1967): L. L. Fuller, *La moralidad del Derecho* (trad. F. Navarro) Trillas, México.

García Amado (1999): J. A. García Amado, *Escritos sobre filosofía del Derecho*, E. Rosaristas, Bogotá.

García Cotarelo (1981): R. García Cotarelo y otros: *Introducción a la teoría del Estado*, Teide, Barcelona.

García Camarero (1983): E. García Camarero, "Representación del conocimiento por medios informáticos: bases de datos y redes semánticas", en

Informatica e Diritto, 2.

García San Miguel (1985): L. García San Miguel, *Notas para una crítica de la razón jurídica*, Universidad Complutense, Madrid.

Garzón Valdés (1993): E. Garzón Valdés, *Derecho, ética y política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Gavazzi (1984): G. Gavazzi, *Elementi di Teoria del Diritto*, Giappechelli, Turín.

Gianformaggio (1980): L. Gianformaggio, "Funzione o tecnica? Considerazioni provisorie sulla dottrina della repressione", en *Sociologia del diritto*, 1.

Giner (1974): S. Giner, *Sociología*, Península, Barcelona.

Godwin (1945): W. Godwin, *Investigación acerca de la justicia política* (trad. J. Prince, introd. D. A. de Santillán), Americalee, Buenos Aires.

González Lagier (1995): D. González Lagier, *Acción y norma en G. H. Von Wright*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

González Vicén (1979): F. González Vicén, *Estudios de filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna.

González Vicén (1978-79): F. González Vicén, "La escuela histórica del Derecho", en *Anales de la cátedra F. Suárez*, núms. 18-19. Granada. Para el desarrollo de la jurisprudencia europea en el siglo XIX he tenido muy en cuenta este artículo y los que integran el libro citado.

González Vicén (1984): F. González Vicén, *De Kant a Marx (Estudios de Historia de las ideas)*, Fernando Torres, Valencia.

Guastini (1999): R. Guastini, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho* (trad. J. Ferrer), Gedisa, Barcelona.

Guastini (2000): R. Guastini, *Estudios sobre la interpretación jurídica* (trad. M. Gascón y M. Carbonell), Porrúa-UNAM, México.

Gumplowicz (1981): L. Gumplowicz, *Compendio di sociologia* (trad. italiana e introducción de V. Pocar), Unicopli, Milán.

Habermas (1987): J. Habermas, *Teoría de la acción comunicativa* (versión española de M. Jiménez), Taurus, Madrid.

Habermas (1998): J. Habermas, *Facticidad y validez* (int. y trad. de M. Jiménez), Trotta, Madrid.

Harris (1987): M. Harris, *Caníbales y reyes. Los orígenes de las culturas*, Alianza Editorial, Madrid.

Hart (1962): H. L. A. Hart, *Derecho y moral: Contribuciones a su análisis* (trad. G. R. Carrió), Depalma, Buenos Aires.

Hart (1963): H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho* (trad. de G. R. Carrió), Abeledo-Perrot, Buenos Aires; reimpresión (1980) en Editora Nacional, México.

Hart (1979): H. L. A. Hart, "El nuevo desafío al positivismo jurídico", en *Sistema*, núm. 36, Madrid.

Hart (1982): H. L. A. Hart, "Utilitarismo y derechos naturales", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, Universidad Complutense, Madrid.

Hegel (1975): G. W. F. Hegel, *Principios de Filosofía del Derecho* (trad. J. L. Vermal), Sudamericana, Buenos Aires.

Heller (1978): A. Heller: *Teoría de las necesidades en Marx* (trad. de J. F. Ivars, prólogo, P. A. Rovatti), Barcelona.

Hernández Gil (1971): A. Hernández Gil, *Metodología de la ciencia del derecho* (3 vols.), Madrid.

Hernández Gil (1981): A. Hernández Gil, *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Cuadernos Civitas, Madrid.

Hierro (1981): L. Hierro, *El realismo jurídico escandinavo*, Fernando Torres, Valencia.

Hierro (1998): L. Hierro, *Estado de Derecho. Problemas actuales*, Fontamara, México.

Hoebel (1979): E. A. Hoebel, *The Law of primitive Man*, Atheneum, Nueva York. Los datos sobre los cheyennes y los esquimales del cap. 1 están tomados esencialmente de este libro.

Hohfeld (1968): W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales* (trad. y nota preliminar de G. R. Carrió), Centro Editor de América Latina, Buenos Aires.

Holmes (1975): O. W. Holmes, *La senda del Derecho* (prólogo de E. A. Russo), Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Ihering (1976): R. Ihering, *La lucha por el Derecho* (trad. A. Posada, prólogo L. Alas), Doncel, Madrid.

Ihering (1978): R. Ihering, *El fin en el Derecho*, Heliasta, Buenos Aires.

Jori (1976): M. Jori, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Giuffre, Milán.

Jori-Pintore (1988): M. Jori y A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, Giapichelli, Turín.

Kant (1973): I. Kant, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres* (trad. M. García Morente), Espasa-Calpe, Madrid.

Kant (1975): I. Kant, *Crítica de la razón práctica* (trad. E. Miñana y M. García Morente), Espasa-Calpe, Madrid.

Kant (1978): I. Kant, *Introducción a la teoría del Derecho* (introducción y traducción de F. González Vicén), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Kantorowicz (1964): H. Kantorowicz, *La definición de Derecho* (trad. J. M. de la Vega), Revista de Occidente, Madrid.

Kantorowicz (1974): H. Kantorowicz, "Las épocas de la ciencia del Derecho", en G. Radbruch: *Introducción a la filosofía del Derecho* (trad. W. Roces), F. C. E, México-Madrid-Buenos Aires.

Kelsen (1958): H. Kelsen, *La teoría comunista del derecho y del Estado*, Emecé, Buenos Aires.

Kelsen (1958): H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado* (trad. E. García Maynez), UNAM, México.

Kelsen (1979): H. Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (trad. de R. Vernengo de la 2.ª ed. alemana), UNAM, México.

Kelsen (1982): H. Kelsen, *Qué es justicia* (estudio preliminar de A. Calsamiglia), Ariel, Barcelona.

Kirchmann (1983): J. H. von Kirchmann, *La jurisprudencia no es ciencia* (trad. y escrito preliminar de A. Truyol), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Krader (1972): L. Krader, *La formación del Estado*, Labor, Barcelona.

Kristol (1974): I. Kristol, voz "igualdad como un ideal", en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Aguilar, Madrid.

Kuhn (1979): T. S. Kuhn, *La función del dogma en la investigación científica*, Cuadernos de Teorema, Valencia.

Laporta (1983): F. Laporta, "Sobre el uso del término "libertad" en el lenguaje jurídico", en *Sistema* 52, Madrid.

Laporta (1987), *Sobre el concepto de derechos humanos*, en *Doxa* 4, Alicante.

Laporta (1996), "Poder y Derecho", en *Enciclopedia Iberoamericana de filosofía*, vol. "El Derecho y la justicia", Trotta, Madrid.

Laporta (1997), "El derecho a informar y sus enemigos", en *Claves de razón práctica* 72.

Larenz (1980): K. Larenz, *Metodología de la ciencia del derecho* (trad. de la 4.ª ed. alemana -1979- de M. Rodríguez Molinero), Ariel, Barcelona-Caracas-México.

Larrañaga (2000): P. Larrañaga, *El concepto de responsabilidad*, Fontamara, México.

Latorre (1968): A. Latorre, *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona.

Lévy-Bruhl (1964): H. Lévy-Bruhl, *Sociología del Derecho*, Eudeba, Buenos Aires.

López Calera (1981): N. M. López Calera, *Introducción al estudio del Derecho*, Ed. Don Quijote, Granada.

López Calera-Saavedra-Andrés Ibáñez (1978): N. M. López Calera, M. Saavedra y P. Andrés Ibáñez, *Sobre el uso alternativo del Derecho*, Fernando Torres, Valencia.

Losano (1982): M. G. Losano, *Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho extranjero y europeo* (trad. A. Ruiz Miguel), Debate, Madrid.

Losano (1987): M. G. Losano, *Curso de informática jurídica* (trad. de J. Aguiló, M. Atienza y J. Ruiz Manero), Tecnos, Madrid.

Lucas (1993): J. Lucas, *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México.

Luhmann (1977): N. Luhmann, *Sociologia del diritto* (trad. y prefacio de A. Febbrajo), Laterza, Bari.

Luhmann (1983): N. Luhmann, *Sistema jurídico y dogmática jurídica* (trad. I. de Otto), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Lumia (1978): G. Lumia, *Principios de teoría e ideología del Derecho* (trad. cast. de A. Ruiz Miguel), Debate, Madrid. Hay una nueva ed. italiana -aumentada- de 1981 (*Lineamenti di teoria e ideología del diritto*, Giuffré, Milán).

Lloyd (1985): D. Lloyd, *La idea del Derecho. ¿Perversidad represora o necesidad social?* (trad. de R. Aguilar y M. Barat), Civitas, Madrid.

Lloyd-Freeman (1994): D. Lloyd y M. D. A. Freeman, *Lloyd's Introduction to Jurisprudence*, Sweet and Maxwell, Londres.

MacCormick (1978): N. MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press.

MacCormick (1981): N. MacCormick: *H. L. Hart*, Edward Arnold, Bunglay.

MacIntyre (1987): A. MacIntyre, *Tras la virtud* (trad. de A. Valcárcel), Crítica, Barcelona.

Mair (1970): L. Mair, *Introducción a la antropología social*, Alianza Editorial, Madrid.

Malinowski (1982): B. Malinowski, *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*, (6.^a ed.), Ariel, Barcelona.

Marí (1974): E. E. Marí, *Neopositivismo e ideología*, Eudeba, Buenos Aires.

Marx (1970): K. Marx, "La cuestión judía" (1844), en K. Marx-A. Ruge: *Los anales franco-alemanes*. Barcelona, Martínez Roca, 1970.

Marx (1970): K. Marx, "Contribución a la Crítica de la filosofía del Derecho de Hegel", en K. Marx-A. Ruge: *Los anales franco-alemanes*, *ob. cit.*

Marx-Engels (1971, 1): K. Marx y F. Engels, "Manifiesto del Partido Comunista (1848)", en K. Marx-F. Engels: *Obras escogidas*, *ob. cit.*

Marx (1971, 2): K. Marx, "Crítica del Programa de Gotha" (1875), en K. Marx-F. Engels: *Obras escogidas*, *ob. cit.*

Marx (1978): K. Marx, *El Capital*, libro 1 (1867) (ed. de P. Scaron), Siglo XXI, Madrid.

Marx (1983): K. Marx, *En defensa de la libertad. Los artículos de la Gaceta Renana (1842-1843)* (ed. de J. L. Vernal), Fernando Torres, Valencia.

Mercado (1994): P. Mercado, *El análisis económico del Derecho. Una*

reconstrucción teórica, C.E.C., Madrid.

Merton (1957): K. M. Merton, *Social Theory and Social Structure*, The Free Press of Glencoe.

Moreso (1998): J. J. Moreso, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

Morris (1958): Ch. Morris, *Fundamentación de la teoría de los signos*, México.

Mortari: V. P. Mortari, voz “dogmatica giuridica. Premessa storica”, en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milán.

Muguerza (1977): J. Muguerza, *La razón sin esperanza*, Taurus, Madrid.

Muguerza (1990): J. Muguerza, *Desde la perplejidad*, Fondo de Cultura Económica.

Muguerza (1998): J. Muguerza, *Ética, disenso y derechos humanos*, Arges, Madrid.

Nieto Fernández (1998): A. Nieto y T.-R. Fernández, *El Derecho y el revés. Diálogo epistolar sobre leyes, abogados y jueces*, Ariel, Barcelona.

Nino (1979): C. S. Nino, *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, Universidad de Carabobo, Venezuela.

Nino (1980): C. S. Nino, *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires. (Reimpresión, con prólogo de A. Calsamiglia, en Barcelona, Ariel, 1983).

Nino (1984): C. S. Nino, *Ética y derechos humanos*, Paidós, Buenos Aires-Barcelona-México.

Nino (1993): C. S. Nino, *Derecho, moral y política*, Ariel, Barcelona.

Nino (1992): C. S. Nino, voz “ética analítica en la actualidad” en *Concepciones de la ética. Enciclopedia iberoamericana de filosofía*, Trotta, Madrid.

Novoa Monreal (1975): E. Novoa Monreal, *El Derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo XXI, México.

Nozick (1974): R. Nozick, *Anarchy, State and Utopia*, Basil Blackwell, Oxford.

Olivecrona (1980): K. Olivecrona, *El Derecho como hecho* (trad. de la 2.^a ed. de L. López Guerra), Labor, Barcelona.

Oppenheim (1982, 1): F. Oppenheim, voz “igualdad”, en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Aguilar, Madrid.

Oppenheim (1982, 2): F. Oppenheim, voz “libertad”, en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Aguilar, Madrid.

Oppenheim (1982, 3): F. Oppenheim, *Dimensioni della libertà* (trad. italiana de A. Pasquinelli y R. Rossini, prefacio de G. Preti), Feltrinelli, Milán.

Páramo (1984): J. R. Páramo, *H. L. A. Hart y la teoría analítica del Derecho* (prólogo de G. Peces Barba), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Paresce: E. Paresce, voz “dogmatica giuridica”, en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milán.

Parsons (1981): T. Parsons, “Sistema giuridico e controllo sociale” (ed. inglesa de 1962), en A. Giasanti y V. Pocar: *La teoria funzionale del diritto*, Unicopli, Milán.

Pasukanis (1976): E. B. Pasukanis, *Teoría general del Derecho y marxismo* (trad. y presentación de V. Zapatero), Labor, Barcelona.

Pattaro (1980): E. Pattaro, *Filosofía del Derecho. Derecho. Ciencia jurídica* (trad. J. Iturmendi), Reus, Madrid.

Paz Ares (1981): C. Paz Ares, “La economía política como Jurisprudencia racional (Aproximación a la teoría económica del Derecho)”, en *Anuario de Derecho civil*, Madrid.

Peces-Barba (1982): G. Peces-Barba, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid.

Peces-Barba (1983): G. Peces-Barba, *Introducción a la filosofía del Derecho*. Debate, Madrid.

Peces-Barba (1984): G. Peces-Barba, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid.

Peces-Barba (1991): G. Peces-Barba, *Curso de derechos fundamentales*, Eudema, Madrid.

Perelman (1964): Ch. Perelman, *De la justicia* (trad. de R. Guerra), UNAM, México.

Perelman (1966): Ch. Perelman, “La idea de justicia en sus relaciones con la moral, el Derecho y la filosofía”, en el vol. colectivo *Crítica del Derecho natural* (trad.

e introducción de E. Díaz), Taurus, Madrid.

Perelman-Olbrechts Tyteca (1970): Ch. Perelman, y L. Olbrechts Tyteca, *La nouvelle rhétorique. Traité de l'argumentation*. Université libre de Bruxelles (hay trad. cast. De J. Sevilla, Gredos, Madrid, 1989).

Perelman-Olbrechts Tyteca (1979): Ch. Perelman, y L. Olbrechts Tyteca, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (trad L. J. Díez-Picazo), Civitas, Madrid.

Pérez Luño (1976): A. E. Pérez Luño, *Cibernética, Informática y Derecho (Un análisis metodológico)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.

Pérez Luño (1984): A. E. Pérez Luño, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid.

Pérez Luño (1984): A. E. Pérez Luño, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid.

Pérez Lledó (1996): J. A. Pérez Lledó, *El movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid.

Pérez Lledó (2001): J. A. Pérez Lledó, *El instrumentalismo americano*, Fontamara, México.

Pérez-Royo (1980): J. Pérez-Royo, *Introducción a la teoría del Estado*, Blume, Barcelona.

Piaget (1975): J. Piaget, "La situación de las ciencias del hombre dentro del sistema de las ciencias", en el vol. colectivo *Tendencias de la investigación en las ciencias sociales* (trad. P. Castrillo y P. Gimeno), Alianza Universidad, Madrid.

Pitts (1974): J. R. Pitts, voz "control social", en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Aguilar, Madrid.

Polinsky (1985): M. Polinsky, *Introducción al análisis económico del Derecho* (trad. J. M. Álvarez Flórez), Ariel, Barcelona.

Posner (1998): R. A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Co. , 5.^a ed., Boston-Toronto.

Pound (1950): R. Pound, *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico* (trad. y estudio preliminar de J. Puig Brutau), Barcelona.

Prieto (1990): L. Prieto, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid.

Quintanilla (1976): M. A. Quintanilla: *Ideología y ciencia*, Fernando Torres, Valencia.

Rabossi (1971): E. Rabossi, *Estudios éticos. Cuestiones conceptuales y metodológicas*, Universidad de Carabobo, Venezuela.

Rabossi (1973): E. Rabossi, *La filosofía analítica y la actividad filosófica*, Instituto de lógica y filosofía de la ciencia, Universidad de La Plata.

Radbruch (1959): G. Radbruch, *Filosofía del Derecho*, Revista de Derecho privado, Madrid.

Rawls (1979): J. Rawls, *Teoría de la justicia* (trad. de M. D. González). F. C. E., Madrid.

Rawls (1996): J. Rawls, *El liberalismo político* (trad. de A. Doménech), Crítica, Barcelona.

Raz (1991): J. Raz: *Razón práctica y normas* (trad. de J. Ruiz Manero), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Redondo (1996): M. C. Redondo, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Rehbinder (1981): M. Rebinder, *Sociología del Derecho* (trad. e introducción de G. Robles) Pirámide, Madrid.

Remotti (1982): F. Remotti, *Temi di antropologia giuridica*, Giappichelli, Turín.

Renner (1981): K. Renner, *Gli istituti del diritto privato e la loro funzione sociale. Un contributo alla critica del diritto civile* (introducción de A. Agnelli), Il Mulino, Bolonia.

Robinson (1954): R. Robinson, *Definition*, Oxford University Press, Oxford.

Ródenas (1996): Á. Ródenas, *Sobre la justificación de la autoridad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Rodilla (1999): M. A. Rodilla, (presentación), Rawls: *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*, Tecnos, Madrid.

Rodríguez Paniagua (1984): J. M. Rodríguez Paniagua, *Historia del pensamiento jurídico*, Universidad Complutense, Madrid, 5.^a ed. ampliada.

Ross (1961): A. Ross, *Hacia una ciencia realista del derecho* (trad. J. Barboza),

Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Ross (1963): A. Ross, *Sobre el Derecho y la justicia* (trad. de G. R. Carrió). Eudeba, Buenos Aires.

Rubio Carracedo (1989): J. Rubio Carracedo, *La psicología moral (de Piaget a Kohlbert)*, en V. Camps (ed.), *Historia de la ética*, Crítica, Barcelona.

Ruiz Manero (1990): J. Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Ruiz Miguel (1983): A. Ruiz Miguel, "Sobre los conceptos de la libertad", en *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2., Universidad Complutense, Madrid.

Ruiz Miguel (1983): A. Ruiz Miguel, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Salvador (1982): P. Salvador, "Dogmática jurídica y teoría de la legislación", en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, n.º 3. Palma de Mallorca.

Santos (1980): B. de S. Santos: *O discurso e o poder*, Coimbra.

Savigny (1970): F. K. von Savigny, "De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho" (trad. J. Díaz), en Thibaut-Savigny: *La codificación* (introducción de J. Stern), Aguilar, Madrid.

Scarpelli (1955): U. Scarpelli, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Nuvoletti, Milán.

Schur (1970): E. M. Schur, *Sociologia del diritto* (ed. inglesa de 1968), Il Mulino, Bolonia.

Schwartz-Miller (1964): R. Schwartz y J. Miller, "Legal Evolution and Societal Complexity", en *The American Journal of Sociology*, LXX.

Selznick (1974): P. H. Selznick, voz "sociología", en *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Aguilar, Madrid.

Soriano (1997): *Sociología del Derecho*, Ariel, Barcelona.

Smart (1974): J. C. Smart, "Utilitarismo extremo y restringido", en Ph. Foot: *Teorías sobre la ética* (trad. M. Arbolí), V. C. E., México.

Stevenson (1971): C. L. Stevenson, *Ética y lenguaje*, Paidós, Buenos Aires.

Stone (1973): J. Stone, *El Derecho y las ciencias sociales* (trad. R. Jasso), F. C. E., México.

Summers (1982): R. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Ithaca, Nueva York.

Summers (1984): R. Summers, *Lon L. Fuller*, Londres.

Taruffo (1992): M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, Giuffr , Milán.

Tomás y Valiente (1981): F. Tomás y Valiente, *Manual de Historia del Derecho español*, Tecnos, Madrid.

Tomeo (1981): V. Tomeo, *Il diritto come struttura del conflitto*, Franco Angeli, Milán.

Treves (1988), R. Treves, *La sociología del Derecho* (trad. M. Atienza, M. J. A n n y J. A. Pérez Lledó), Ariel, Barcelona.

Truyol y Serra (1968): A. Truyol y Serra, *Los derechos humanos. Declaraciones y convenios internacionales*, Tecnos, Madrid.

Vallespín (1989): F. Vallespín, *El neocontractualismo: John Rawls*, en V. Camps (ed.), *Historia de la  tica*, Crítica, Barcelona.

Vernengo (1976): R. Vernengo, *Curso de teoría general del Derecho*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2.  ed. aumentada y corregida.

Villey (1981): M. Villey, *Compendio de filosofía del Derecho* (trad. de L. Horno), Eunsa, Pamplona.

Weber (1964): M. Weber, *Economía y sociedad* (cap. VII), edición y nota preliminar de J. Medina Echevarría, F. C. E. , México.

Wieacker (1957): F. Wieacker, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna* (trad. F. Fernández Jordán), Aguilar, Madrid.

Wiener (1985): N. Wiener, *Cibernética o el control y comunicación en animales y máquinas* (trad. de F. Martín), Tusquets, Barcelona.

Wright (1979): G. H. von Wright, *Lógica deóntica* (1951) (trad. J. Rodríguez Marín), Cuadernos Teorema, Valencia.

Wright (1970): G. H. von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica*

(trad. P. García Ferrero), Tecnos, Madrid.

Zimmerling (1993): R. Zimmerling, *El concepto de influencia y otros ensayos*, Fontamara, México.

Notas

1. La convención de escribir las expresiones entre comillas simples, dobles o sin comillas para distinguir entre las palabras, los conceptos y los objetos se seguirá únicamente en la medida en que resulte útil para evitar confusiones.

1. Este apartado es una presentación de las tesis básicas del libro de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*. Su lectura puede resultar ardua, pero no es estrictamente indispensable (salvo lo que se refiere a la “regla de reconocimiento”) para poder comprender el resto del libro.

1. Lo que sigue, con leves modificaciones, es el texto de un artículo publicado en la revista *Campus* de la Universidad de Alicante, en el n.º 3 y 4 de 1984, directamente inspirado en el apéndice del libro de Lon L. Fuller, *La moralidad del Derecho*.

1. Éste y los datos que siguen están tomados de Harris, 1987.

* Además de las obras citadas en el texto, incluyo otras que, de diversas formas, he tenido en cuenta en la redacción del libro.