

UNIVERSIDAD DE ALICANTE

FACULTAD DE DERECHO

APUNTES SOBRE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS SIGLOS XIX Y XX: DE  
LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS A RONALD DWORKIN.

AUTORES PRINCIPALES:

JUAN ANTONIO PÉREZ LLEDÓ Y DANIEL GONZÁLEZ LAGIER.

Con la colaboración de:

Isabel Lifante Vidal.

Victoria Roca Pérez..

Macario Alemany García.

Ángeles Ródenas Calatayud..

1. Los presupuestos del pensamiento jurídico contemporáneo: iusnaturalismo y positivismo jurídico.
2. La Escuela de la Exégesis.
3. Bentham y Austin.
4. Savigny y la Escuela Histórica del Derecho.
5. Ihering.
6. El Realismo Jurídico Americano.
7. Kelsen.
8. Alf Ross.
9. H.L.A. Hart.
10. Dworkin.

## **LOS PRESUPUESTOS DEL PENSAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO: IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO**

Cabe decir que la historia del pensamiento jurídico que vamos a recorrer, la de los siglos XIX y XX, es la historia de la progresiva implantación, desarrollo y diversificación de un gran "paradigma" dominante, el del "positivismo jurídico", en el que todavía hoy nos encontramos (aunque en los últimos años haya entrado en crisis o esté siendo "revisado").

Pero antes de adentrarnos en la historia del positivismo jurídico, es necesario incluir este tema introductorio, con el objetivo de aclarar el significado de "positivismo jurídico", analizando los diversos sentidos en que suele utilizarse esta ambigua expresión.

### **EL CONCEPTO DE POSITIVISMO JURÍDICO**

#### **A) EL CONTRASTE CONCEPTUAL ENTRE IUSNATURALISMO Y IUSPOSITIVISMO**

¿Qué es el positivismo jurídico? Para responder a esta pregunta, conviene comenzar mostrando lo que NO es el positivismo, es decir, partir de su contraste con el iusnaturalismo, que sería el otro gran paradigma rival, por oposición al cual se define el iuspositivismo.

##### **a) El iusnaturalismo**

El iusnaturalismo ha sido la tradición del pensamiento jurídico más duradera: sus orígenes se remontan a la Grecia y Roma clásicas (Sócrates, Platón, Aristóteles, Cicerón...), y llega hasta nuestros días, habiendo sido la corriente dominante durante toda la Edad Media (iusnaturalismo teológico: Santo Tomás, San Agustín, escolástica española...) y durante la Edad Moderna (época de la Ilustración, teorías del contrato social de Montesquieu, Rousseau, Locke, Hobbes...; iusnaturalismo racionalista de juristas como Tomasio, Grocio, Pufendorf...). A comienzos del siglo XIX el iusnaturalismo entró en una profunda crisis, pero no desapareció del todo, y después de la II Guerra Mundial se detecta un cierto "renacimiento" de las doctrinas del "Derecho Natural".

De esta milenaria historia se desprende que el iusnaturalismo no es una sola teoría, sino una amplísima familia de teorías y autores enormemente heterogénea. Pese a tanta diversidad, podemos sintetizar un mínimo "común denominador", que consistiría en sostener estas dos tesis:

1) PRIMERA TESIS: además y por encima del Derecho positivo de los diversos países (de la ley humana, "puesta" por el legislador, cuya existencia, obviamente, no se niega), existe un "Derecho superior", al que suele llamarse "Derecho Natural". Este "Derecho Natural" estaría formado por un conjunto de normas y, sobre todo, principios, que son MORALES, aunque los iusnaturalistas los califican de "Derecho", pero "Derecho" en un sentido ("Natural") distinto del Derecho "positivo". De este "Derecho Natural" se predicán las siguientes características:

1. Sus normas y principios son "naturales", en el sentido de que su fuente no es el legislador positivo, sino "la naturaleza", interpretada ésta de muy diversas formas (la naturaleza divina, en el iusnaturalismo cristiano-medieval; la naturaleza racional del ser humano, según el iusnaturalismo racionalista e ilustrado del siglo XVIII...). Sea como fuere, la invocación de los iusnaturalistas a "la naturaleza" no alude normalmente a la naturaleza física: no hacen referencia a propiedades identificables en el espacio y en el tiempo y susceptibles de percepción empírica, por los sentidos. Los iusnaturalistas, por el contrario, aluden a la naturaleza pero entendida como una instancia suprasensible, "trascendente" o "transnatural" (bien teológica, bien metafísica), de la cual no obstante se predica su existencia real, aunque sea un modo de existencia distinto de como existen las mesas y las sillas... (los principios del Derecho Natural proceden de una instancia que "existe" en el sentido, por ejemplo, en el que según Platón las ideas existen realmente en el "mundo de las ideas", que es distinto del mundo sensible).

2. Son "verdaderos", en la medida en que reflejan, describen o expresan fidedignamente esa naturaleza de la cual derivan: los juicios morales son pues susceptibles de ser calificados como "verdaderos" o "falsos" según correspondan o no con ciertos "hechos" (?) morales objetivos.

3. Son "cognoscibles", en el sentido de que los seres humanos podemos llegar a conocer esos principios de Derecho natural (al menos los más importantes). Los diversos

iusnaturalismos discreparán acerca de cuál sea el medio o vía de conocimiento del Derecho natural: la revelación divina, la reflexión racional, la intuición, los sentidos (la observación del mundo empírico como vía indirecta para reconocer los dictados de la naturaleza...).

4. Son "universales" en cuanto al espacio: se trata de principios y normas válidas en cualquier lugar del mundo (no sólo para determinados países o sociedades).

5. Son "inmutables" en cuanto al tiempo: se trata de principios y normas válidas en cualquier momento o época histórica, es decir, son eternos (siempre existieron y seguirán existiendo).

Repárese en que esta primera tesis es en realidad una tesis acerca de la justicia, es una tesis de filosofía moral: los iusnaturalistas llaman "Derecho (Natural)" a los principios y "derechos" morales más básicos en los que radica lo justo (entre otros: derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad, a la resistencia frente a la opresión... y también, para los iusnaturalistas racionalistas liberales de la Ilustración, el derecho de propiedad privada). La moralidad radicaría en estos principios con las características antes mencionadas. No obstante, los iusnaturalistas por supuesto que no niegan la existencia del Derecho positivo; pero la condicionan de la siguiente manera:

2) SEGUNDA TESIS: el Derecho positivo sólo es verdadero Derecho si es conforme con el Derecho Natural (al menos, si no viola gravemente los principios más básicos del Derecho Natural). Es decir, para que un orden normativo humano (positivo) sea Derecho es necesario que sea moralmente justo. Si un ordenamiento jurídico positivo no concuerda con el Derecho Natural (o sea, con la moral), entonces no es simplemente que estemos ante un "Derecho (positivo) injusto": ese ordenamiento ni siquiera sería calificado como Derecho. Sería -según los iusnaturalistas- una simple "apariencia de Derecho" o una "corrupción" del Derecho, pero no auténtico Derecho.

Esta segunda tesis sí es una tesis acerca del concepto de Derecho: no versa sobre qué es lo justo o injusto, sino sobre qué es o no Derecho. Lo importante es que vinculan lo segundo con lo primero: lo que sea Derecho se determina (entre otras cosas) en función de propiedades valorativas (en función de la justificación moral de sus normas, o sea, de su adecuación a ciertos principios de justicia llamados "Derecho Natural"). Para que una norma sea jurídica no basta con que sea dictada por el órgano jurídicamente competente, mediante el

procedimiento jurídicamente establecido, etc.: además, esa norma tiene que ser moralmente justa, porque si no lo es, no es Derecho. Es esta segunda tesis la que a nosotros nos interesa a la hora de distinguir el iusnaturalismo del iuspositivismo.

#### b) El positivismo jurídico

Al igual que ocurría con el iusnaturalismo, el positivismo jurídico es también una heterogénea "familia" de autores y teorías muy diversas (aunque su historia es, en comparación, mucho más reciente). No obstante, también respecto del positivismo jurídico podemos aislar dos tesis generales -estrechamente ligadas entre sí- que constituirían el "común denominador" compartido por los diversos iuspositivismos:

1) PRIMERA TESIS ("tesis de las fuentes sociales del Derecho"): sólo es Derecho el Derecho positivo, es decir, los diversos ordenamientos jurídicos positivos vigentes en cuanto fenómenos sociales y variables históricamente. Esta tesis insiste en que el Derecho es una creación humana e histórica (contingente, relativa en el espacio y en el tiempo), y no un producto de instancias trascendentes o metafísicas. La existencia de Derecho en una sociedad sólo depende de determinados hechos sociales observables.

Como veremos después, dentro del iuspositivismo hay versiones diferentes sobre el alcance que ha de darse a esta "tesis de las fuentes sociales del Derecho" (véase *infra*, "Positivismo filosófico y positivismo jurídico").

2) SEGUNDA TESIS ("tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral"): el concepto de Derecho no debe caracterizarse según propiedades valorativas, sino tomando en cuenta únicamente propiedades descriptivas; es decir: la calificación de algo como Derecho es independiente de su posible justicia o injusticia. No existe una conexión conceptual o necesaria entre Derecho y moral.

Repárese en que esta vez las dos tesis versan acerca del concepto de Derecho (acerca de qué es y qué no es Derecho). Nada dicen acerca de qué sea lo moralmente justo. Aceptar un concepto positivista de Derecho (y sólo esto es lo común a todos los iuspositivistas) es compatible con cualquier postura acerca de la moral. En el terreno de la justicia, un iuspositivista puede ser emotivista (la justicia es algo emotivo e irracional, no hay criterios para justificar racionalmente nuestras preferencias morales: el discurso moral carece de

sentido) (muchos juristas iuspositivistas -en absoluto todos- son además irracionalistas en ética, como Ross o Kelsen); o puede abrazar una determinada concepción de la justicia (utilitarismo, kantismo, historicismo, comunitarismo, marxismo, cristianismo...); incluso podría abrazar coherentemente (sin dejar de ser iuspositivista *en cuanto al concepto de Derecho*) una concepción *de la justicia* de tipo iusnaturalista: podría defender la primera de las tesis antes señaladas del iusnaturalismo y defender que *lo justo* consiste en ciertos principios naturales, universales, inmutables, etc. Simplemente dejaría de llamar "Derecho" a esos principios (y si no, tendría que aclarar que usa esta palabra en un sentido bien distinto: en el sentido de Moral); y en todo caso seguiría sosteniendo que el Derecho positivo, para ser Derecho, no necesariamente ha de ser conforme con esos principios morales "naturales" que él no obstante defiende (negaría la segunda tesis iusnaturalista): el Derecho positivo debería, según él, conformarse a esos principios morales, pero si no lo hace no por ello dejaría de ser Derecho (sería un Derecho inmoral y criticable, pero no dejaría de ser Derecho).

En definitiva, la clave para distinguir entre iusnaturalismo y positivismo jurídico, en cuanto teorías sobre el concepto de Derecho, es la segunda de las tesis del positivismo (que es sencillamente la negación de la segunda tesis del iusnaturalismo).

Como veremos después (*infra*, "Tres sentidos de 'positivismo jurídico'"), esta separación conceptual entre el Derecho y la moral suele conocerse como "iuspositivismo metodológico" o "conceptual", o positivismo jurídico "como enfoque" (Bobbio).

\*\*\*\*\*

## **B) POSITIVISMO FILOSÓFICO Y POSITIVISMO JURÍDICO**

### **a) Positivismo filosófico**

El término "positivismo", a secas, es anterior y tiene un significado mucho más amplio que el de "positivismo jurídico". El positivismo jurídico supuestamente representaría la plasmación, en el específico campo del Derecho, de toda una gran orientación acerca del conocimiento "en general" que durante el siglo XIX se consolidó definitivamente en los más diversos campos del saber: en la filosofía, en las ciencias naturales, y en las ciencias sociales o humanas (en la sociología, la historia, la economía, etc.). Como orientación global acerca

del conocimiento, este positivismo "en general" puede ser denominado "positivismo filosófico" (Fassó), ya que se trata de una determinada corriente de epistemología o teoría del conocimiento (que es una de las ramas tradicionales de la filosofía).

El positivismo filosófico (o científico, o sociológico, o "positivismo" a secas), más que una teoría elaborada o una doctrina concreta, es ante todo una "mentalidad" o "actitud genérica" acerca del conocimiento humano: una actitud "empirista", "cientificista" o "materialista", que se opone radicalmente a toda visión "idealista", "metafísica" o "cuasi-religiosa" del mundo y de su conocimiento. El positivismo supone el rechazo de la metafísica y de los valores como objeto de conocimiento, y defiende el método de la observación empírica y de la inducción, no sólo para las ciencias naturales, sino también para las ciencias humanas o sociales. El paradigma de conocimiento válido es aquél obtenido y verificado (o al menos, no falsado) según el "método científico", siendo las ciencias naturales (física, química, biología, etc.) el modelo ideal de científicidad, al cual las ciencias sociales (sociología, historia, economía, etc.) pueden y deben aproximarse. Según José M<sup>a</sup> Rodríguez Paniagua, el positivismo representa

“El rechazo de las cuestiones fundamentales y abstractas que constituyen el objeto de la metafísica, y de los conceptos generales y abstractos con que se pretende darles solución. (...) El positivismo filosófico se limita al estudio de los hechos, de lo que acontece, de los fenómenos, y se conforma con formular leyes que expresen la regularidad con que acontecen esos fenómenos. Su finalidad, según Augusto Comte, es saber para prever, y prever para poder”.

Y, en palabras de Guido Fassó,

“Se trata de una filosofía que, rechazando toda metafísica, pretende fundamentarse solamente en los hechos "positivos", conocidos exclusivamente por medio de la observación y de la experiencia, intentando llegar a un conocimiento no universal, absoluto, sino general, resumiendo, coordinando y sistematizando las leyes descubiertas y formuladas por las distintas ciencias (...) entre las que se incluyen la ciencia del hombre y de la sociedad, de cuya aplicación a las mismas del método positivo se esperaban los resultados más importantes”.

En suma, el positivismo defiende:

1.- OBJETO DE CONOCIMIENTO: La sustitución de la especulación metafísica (acerca de entidades ideales o suprasensibles) por el estudio de hechos observables (en ciencias sociales, hechos sociales, o sea, efectivos comportamientos humanos): el objeto de estudio ha de ser únicamente la realidad objetiva, lo "dado", lo "puesto" ante nuestros sentidos ("positivismo" viene del latín "*positum*"= puesto).

2.- MÉTODO DE CONOCIMIENTO: Ese estudio de los hechos ha de realizarse siguiendo un riguroso método empírico según el patrón de las ciencias naturales: 1) observación neutral y objetiva de hechos particulares; 2) a partir de ellos, por inducción (inferencia de lo particular a lo general), se hipotetizan enunciados generales ("leyes" y teorías científicas) que describen regularidades y explican relaciones causales entre esos hechos; 3) esas leyes y teorías han de ser nuevamente verificadas (confirmadas) por los hechos, o al menos ha de mostrarse que no han sido hasta el momento desmentidas ("falsadas") por los hechos; 4) las leyes científicas (y las teorías en las que éstas se sistematizan), una vez así validadas, permitirán inferir (esta vez, por deducción: inferencia del enunciado general al caso particular) predicciones sobre hechos futuros.

Un sociólogo del Derecho, David Trubek, resume así estas ideas sobre el positivismo en las ciencias sociales en general:

“El positivismo es la visión de que los enunciados acerca de hechos difieren radicalmente de otros enunciados, y que la ciencia social empírica sólo puede consistir en enunciados acerca de hechos (...). Para los positivistas, el conocimiento científico es un conjunto de generalizaciones sobre hechos. El último árbitro de cualquier teoría son los hechos. El conocimiento evoluciona a través de un proceso iterativo por el que contrastamos afirmaciones generales con lo que podemos demostrar que es el caso. Los métodos de la investigación empírica nos permiten determinar si las leyes que hipotetizamos describen adecuadamente los hechos que podemos aprehender. Teoría y método se definen en este contexto. Debemos formular leyes de forma que puedan ser falsadas por la investigación fáctica (teoría), y debemos disponer de formas con que medir los hechos frente a las relaciones postuladas por la teoría (método)”.

### b) Positivism jurídico: los dos iuspositivismos

Hemos dicho que el positivismo JURÍDICO supuestamente vendría a ser la versión jurídica del positivismo filosófico o general. "Supuestamente" porque el positivismo *jurídico* tendió, desde sus orígenes, hacia un tipo de formalismo que en realidad se alejaba mucho del genuino espíritu empirista del positivismo filosófico o sociológico; y, aunque había antecedentes (la Escuela Histórica de Savigny), sólo décadas después (en Europa, hacia el último tercio del siglo XIX) aparecerá, dentro del iuspositivismo, una reacción sociologista (más "positivista" en el sentido del positivismo filosófico) contra el formalismo. Así pues, la relación entre positivismo filosófico y positivismo jurídico es un tanto compleja, ya que cabe distinguir dos grandes corrientes dentro del positivismo jurídico: un iuspositivismo "sociológico" (o "sociologista", "realista" o "historicista"), claramente enraizado en el "positivismo filosófico"; y un iuspositivismo "formalista" o "legalista" que se aleja de él.

-IUSPOSITIVISMO "SOCIOLOGISTA" O "REALISTA".- Por un lado, hubo y hay un cierto positivismo jurídico que sí puede considerarse como la traducción o plasmación directa, en el campo del Derecho, del llamado "positivismo filosófico": algunos juristas positivistas utilizan el método empírico para estudiar el Derecho contemplándolo como un fenómeno social más, como conductas sociales efectivas (de los jueces o de los ciudadanos). Ellos estudian el Derecho en cuanto que hecho social, centrándose en las causas y consecuencias sociales "reales" de las normas, su eficacia social, su interpretación basada en los fines sociales subyacentes a las normas, etc. Para este iuspositivismo lo que interesa no es tanto el análisis lingüístico de las normas en cuanto que formalmente válidas, ni la estructura formal de los sistemas normativos y sus relaciones lógicas internas, sino más bien la dimensión social del Derecho, que es estudiada con los métodos de las ciencias sociales empíricas: la ciencia jurídica tiende a aproximarse y hasta confundirse con la sociología del Derecho. Más que un análisis "interno" y autónomo del Derecho formalmente válido ("Derecho en los libros"), que sería el enfoque tradicional de la ciencia del Derecho (dogmática jurídica), este iuspositivismo desarrolla un análisis "externo" del Derecho socialmente eficaz ("Derecho en acción"), tomado como fenómeno no aislado sino ligado a los aspectos sociales, históricos, económicos, políticos, etc. de las normas. Según Fassó, este tipo de iuspositivismo estudia el Derecho

“abstrayendo conceptos generales a partir de los datos suministrados por la observación histórica o etnográfica de las instituciones jurídicas de las distintas épocas y países, permaneciendo de este modo en el ámbito de la sociología y del auténtico y propio positivismo”.

-IUSPOSITIVISMO "FORMALISTA" o "LEGALISTA":

“Otros [iuspositivistas], sin embargo -añade Fassó-, que emplearon igualmente un método abstracto y generalizador, lo aplicaron a los datos sacados de los ordenamientos jurídicos "positivos", si bien en un sentido puramente formal, esto es, a ordenamientos constituidos por normas "positivas" en el sentido -tradicional en el lenguaje jurídico- de validez formal, independientemente del hecho (que sería el dato verdaderamente positivo) de su efectiva observancia por parte de los miembros de la sociedad”.

Es decir, para este otro iuspositivismo, el OBJETO de estudio (el dato, lo dado, lo puesto o "*positum*") no son en realidad hechos sociales (conductas humanas externas y observables), sino normas "positivas" en el sentido de formalmente válidas, puestas por el legislador siguiendo los procedimientos prescritos por el propio Derecho (típicamente, textos legales: el "Derecho en los libros", independientemente de su eficacia y de sus causas y efectos sociales). Esas normas formalmente válidas se asimilan a los hechos o "fenómenos" a los que se refería el positivismo filosófico, pero obviamente no se trata de hechos o conductas sociales observables, sino de enunciados con su significado normativo (que se toman aislados de su contexto social, histórico, "real"). Y, en cuanto al METODO de estudio del Derecho, este iuspositivismo formalista no utiliza los métodos sociológicos empíricos, sino que analiza lingüísticamente los enunciados de las normas, extrae su significado (o significados), construye conceptos jurídicos, analiza las relaciones lógicas entre las normas, las sistematiza, etc., siguiendo un "método jurídico" (el tradicional de la dogmática jurídica) que es bien distinto del de las ciencias sociales empíricas. Aquí impera la lógica y los métodos de interpretación lingüística y del análisis conceptual, y no el método científico empírico que veíamos a propósito del positivismo filosófico o "general". La ciencia jurídica "positivista" en este segundo sentido se aproxima más a las "ciencias formales" (como la lógica) que a las "ciencias empíricas o materiales" (como la sociología); es decir, se aleja del modelo genuinamente positivista de ciencia.

El contraste entre estas dos grandes corrientes del positivismo jurídico (sociologista vs. formalista) parece claro, ya que, como dice Fassó, "una cosa es la positividad de un efectivo, concreto comportamiento humano" (iuspositivismo sociologista), "y otra es la positividad constituida en base a la existencia formal de una norma" (iuspositivismo formalista). El positivismo filosófico (y el positivismo jurídico sociologista, que lo sigue) "aparece unido al dato histórico, si bien realizando una función generalizadora". El positivismo jurídico formalista, en cambio, "prescinde de la historia, y llevado por su formalismo, termina por asumir un carácter ahistórico".

De todo lo anterior se desprende pues que el positivismo jurídico "formalista" es en realidad mucho menos "positivista" (en el sentido del positivismo filosófico, del positivismo "en general" tal y como es entendido en sociología y en el resto de las ciencias sociales) que el positivismo jurídico "sociologista" o "realista". Lo curioso es que, paradójicamente, la etiqueta "positivismo jurídico" ha acabado por identificarse a menudo únicamente con la versión formalista (la menos positivista) del iuspositivismo, probablemente debido a que históricamente el formalismo triunfó antes que el realismo (el positivismo jurídico "tradicional" ha sido más bien el formalista). Así, es frecuente referirse a las tres grandes tendencias, "paradigmas" o "tradiciones" del pensamiento jurídico con las etiquetas de "iusnaturalismo", "positivismo jurídico", y "realismo jurídico". En realidad sería mejor hablar de "iusnaturalismo", "positivismo jurídico formalista" y "positivismo jurídico realista (o sociológico)". Precisamente la historia del pensamiento jurídico que se estudiará en los temas posteriores comienza con la implantación, frente al iusnaturalismo, del positivismo jurídico. Un iuspositivismo que en sus inicios tiende -en grados de intensidad diferentes- hacia el polo "formalista" (escuela de la exégesis; jurisprudencia analítica inglesa de Bentham y Austin; jurisprudencia de conceptos del primer Ihering) (la ambivalente "Escuela Histórica del Derecho" de Savigny parecería tender más hacia el sociologismo en sus orígenes pero evolucionará hacia el formalismo). Después vendrá la "revuelta contra el formalismo" y la aparición de la tendencia "sociologista" del iuspositivismo (jurisprudencia finalista del segundo Ihering; realismo jurídico americano; realismo jurídico escandinavo; marxismo). La Teoría Pura del Derecho de Kelsen correspondería en muchos aspectos con la corriente formalista, pero tiene peculiaridades que la distinguen claramente del formalismo del siglo

XIX. La teoría de Hart representa un sensato equilibrio entre los polos formalista y realista (equilibrio quizá escorado hacia una visión más sociológica); Bobbio evolucionará desde posturas más bien formalistas hacia otras más sociologistas; por último, la teoría de Dworkin puede interpretarse como una cierta recuperación de la vieja tradición iusnaturalista, aunque en una versión contemporánea y muy peculiar.

Es importante aclarar nuestra anterior afirmación de que el iuspositivismo formalista es en realidad mucho menos "positivista" que el sociológico. Decir esto no significa sostener que el positivismo jurídico formalista se aleje tanto del positivismo filosófico que no merezca también el calificativo de "positivista": entre los dos positivismos jurídicos existe un terreno común, un "mínimo común denominador" que permite llamar "positivista" a ambas corrientes jurídicas (también a la formalista). Ese terreno común es el que hemos visto anteriormente al mostrar el contraste entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo. Los dos iuspositivismos (formalista y sociologista) estarían de acuerdo a la hora de rechazar las dos tesis centrales del iusnaturalismo (que sería su "enemigo común"): 1) ambos iuspositivismos niegan la existencia del "Derecho Natural" (o, en todo caso, negarían el carácter de "Derecho" de esos principios universales e inmutables defendidos por los iusnaturalistas: serían, en su caso, principios morales, no jurídicos). Y -más importante aún-: 2) ambos negarían también la tesis iusnaturalista de que el Derecho positivo sólo es Derecho si es moralmente justo. Es decir, respecto del concepto de Derecho, los dos iuspositivismos defienden por igual la segunda tesis del positivismo jurídico (que era la negación de la segunda tesis del iusnaturalismo): para ambos la calificación de algo como Derecho es independiente de su posible justicia o injusticia, ya que no existe una conexión conceptual o necesaria entre Derecho y moral. Queda pues por analizar la primera tesis del iuspositivismo, la llamada "tesis de las fuentes sociales del Derecho". Los dos iuspositivismos (formalista y sociologista) comparten también lo básico de esta tesis (por eso la incluíamos como tesis general de todos los iuspositivistas), pero le dan una fuerza o alcance diferente. Los formalistas la defenderían en un sentido más débil. El iuspositivismo formalista, por supuesto, sostendría -igual que el sociologista- que el Derecho no es un producto de instancias trascendentes o metafísicas de carácter universal y eterno, sino un fenómeno social e histórico, una creación humana contingente, variable, como

producto de sociedades concretas. En esto también el iuspositivismo formalista se opone al iusnaturalismo y concuerda con el positivismo filosófico. Pero los formalistas, tras reconocer que la existencia de un ordenamiento jurídico en su conjunto es efectivamente un fenómeno social, histórico, empíricamente observable, y que la eficacia (su efectiva observancia por el conjunto de una sociedad) es condición necesaria para la existencia de un orden jurídico como un todo, sin embargo tienden después a relegar (o al menos a dejar en un lugar muy secundario) la dimensión social (la cuestión de la eficacia) a la hora de determinar los criterios de juridicidad de cada una de las normas jurídicas individualmente consideradas, y a la hora del estudio e interpretación de cada norma. Los formalistas determinan y describen el "Derecho que es" (el Derecho positivo) con independencia del "Derecho que debe (moralmente) ser"; pero toman como "dato positivo" (como "Derecho que es") las normas jurídicas en cuanto que formalmente válidas, más que en cuanto socialmente eficaces. También para los formalistas la validez de cada norma jurídica depende en principio de un hecho social empíricamente observable: el hecho de que el legislador la haya dictado. Pero, una vez verificado ese simple dato inicial, la cuestión de la eficacia (la dimensión social) deja de interesar: la juridicidad de cada norma viene determinada por criterios jurídico-formales (órgano creador jurídicamente competente, respeto al procedimiento de creación normativa jurídicamente prescrito, y consistencia lógica de la norma con normas válidas jerárquicamente superiores), y no por criterios sociológico-empíricos (como sería su efectiva observancia por sus destinatarios y su efectiva aplicación por los jueces). Los iuspositivistas "sociologistas" o "realistas", en cambio, llevan más lejos la tesis de las fuentes sociales del Derecho: el requisito de la existencia social (la eficacia), para poder hablar de Derecho, no sólo se exige respecto del ordenamiento jurídico como un todo (que éste sea, en su conjunto, generalmente obedecido y aplicado), sino que se introduce además en la determinación de la juridicidad de cada una de sus normas. Esa juridicidad exige una noción de validez en el sentido fáctico o sociológico de vigencia o eficacia, y no simplemente de validez jurídico-formal.

### C) TRES SENTIDOS DE "POSITIVISMO JURÍDICO" (Bobbio)

Norberto Bobbio distinguió entre el positivismo jurídico "como enfoque", "como teoría" y "como ideología". Nos detendremos en cada uno de estos tres sentidos de positivismo jurídico. Aunque, de hecho, muchas veces -no siempre- hayan sido defendidos conjuntamente por los mismo autores, al final de este análisis debe quedar clara la no conexión lógica entre estos conceptos: un iuspositivista "como enfoque" puede rechazar coherentemente el iuspositivismo "como teoría" y el iuspositivismo ideológico; tampoco quien abraza el iuspositivismo como teoría está obligado a aceptar el iuspositivismo como ideología; etc., etc.

#### a) Positivismo jurídico "como enfoque" (iuspositivismo "conceptual" o "metodológico").

-Es, como hemos visto, la tesis central que comparten todos los diversos iuspositivismos (tanto formalistas como realistas) y que les diferencia del iusnaturalismo: la segunda tesis del iuspositivismo, la de la separación conceptual entre Derecho y moral.

-Es una tesis acerca del concepto de Derecho (acerca de la definición o delimitación o del ámbito de lo jurídico)

-Esta tesis sostiene que no existe una conexión necesaria o conceptual entre el Derecho y la moral: distingue conceptualmente el Derecho de la moral, distingue entre el "Derecho que es" y el "Derecho que debe ser". Que una norma (o un ordenamiento) jurídico-positivo sea inmoral no significa que sólo por ello deje de ser Derecho (y si es moralmente justa, no significa que sólo por ello sea jurídica). El juicio sobre la "juridicidad" de las normas es independiente del juicio sobre su "moralidad". Porque lo jurídico se define e identifica no atendiendo a un juicio moral acerca de su justicia o injusticia, sino mediante la constatación de ciertos hechos verificables: que la norma emane de ciertos órganos jurídicamente competentes, mediante cierto procedimiento jurídicamente regulado, y su contenido no infrinja normas jurídicas jerárquicamente superiores; los iuspositivistas sociologistas exigen, además, que la norma sea generalmente obedecida y aplicada, o sea, eficaz).

-Por supuesto, el positivista "como enfoque" o "conceptual", cuando niega la conexión conceptual entre Derecho y moral (entre las propiedades que definen el concepto de

Derecho él no incluye la de su corrección moral), no está sosteniendo que entre Derecho y moral no exista relación alguna. El positivista "conceptual" puede admitir -y de hecho lo hace- conexiones CAUSALES entre Derecho y moral: la causa que de hecho explica que el legislador dicte ciertas normas jurídicas es a menudo que considera que existe una exigencia moral -del propio legislador o de la sociedad- que conviene proteger mediante el Derecho; pero lo que constituye o define a esas normas como jurídicas no es el que sean exigencias morales, sino el hecho de que el legislador las ha dictado; si no lo hubiera hecho seguirían siendo exigencias morales, pero no serían normas jurídicas. El positivista conceptual, por otro lado, admite -como no podía ser menos- la obviedad de que existen múltiples conexiones DE CONTENIDO entre el Derecho y la moral: muchas normas jurídicas (p.e., la prohibición de matar) coinciden en su contenido con normas morales, dicen lo mismo; pero, de nuevo, lo que las hace jurídicas no es esa coincidencia de contenidos (que la prohibición de matar sea moralmente correcta), sino los criterios propiamente jurídicos (que esa prohibición esté recogida en una norma jurídica válida según los criterios de validez del propio Derecho).

#### b) Positivism jurídico "como teoría"

En este segundo sentido, se entiende por positivismo jurídico un conjunto de teorías, concepciones y tesis relativas al Derecho positivo: a las normas jurídicas, a las fuentes del Derecho, a los rasgos de los sistemas jurídicos, al papel de los aplicadores del Derecho (jueces), a la interpretación jurídica, etc.

El iuspositivismo "como enfoque" (sentido "a") era una tesis conceptual acerca de qué es Derecho y qué no lo es (delimitación del concepto de Derecho, acotación del ámbito de lo jurídico: separado de la moral). En cambio, el iuspositivismo "como teoría" (sentido "b"), es una tesis (o mejor dicho, un conjunto de tesis) descriptiva que versa fundamentalmente acerca de cómo es el Derecho positivo "puertas adentro". Es decir: una vez acotado un concepto de Derecho (p.e., separándolo de la moral, como hace el iuspositivismo conceptual), el iuspositivismo "como teoría" va más allá y predica (descriptivamente) una serie de rasgos que supuestamente caracterizarían aquello que ha quedado ya dentro del concepto de Derecho. Como se verá, esos rasgos vienen a coincidir

con la visión del Derecho propia del iuspositivismo de tipo "formalista" (más que del sociologista). Dichos rasgos o tesis sobre el Derecho positivo (a menudo ligadas entre sí) son:

1.- Estatalismo. El Derecho positivo es un conjunto de mandatos o prescripciones emanadas de un poder soberano capaz de monopolizar el ejercicio de la fuerza: el Estado. Las normas jurídicas son normas producidas por el Estado (o al menos reconocidas o "recibidas" por el Estado, o producidas por delegación suya).

Por supuesto, esta tesis puede entenderse situada todavía en el nivel de la acotación del concepto de Derecho, si entendemos la estatalidad como una propiedad necesaria o definitoria de Derecho. Pero otros iuspositivistas defienden el estatismo del Derecho en un sentido más débil: no habría una conexión conceptual entre Derecho y Estado (no llegarían a sostener la tesis de que sólo es Derecho, por definición, el Derecho del Estado). La conexión entre Derecho y Estado sería histórica y, por tanto, contingente: resulta que de hecho, al menos en las sociedades occidentales contemporáneas, las normas que fundamentalmente interesan a los juristas como Derecho positivo están puestas directa o indirectamente por el Estado; pero nada impediría llamar también "Derecho" a ordenamientos no estatales como el Derecho canónico o el Derecho internacional.

2.- Coactividad. El iuspositivismo "como teoría" enfatiza la coactividad del Derecho, es decir, su estrecha relación con la aplicación (efectiva o potencial) de la fuerza física. "El Derecho sin la fuerza es una palabra vacía", escribió Ihering; "una norma jurídica sin coerción es un fuego que no quema, una luz que no alumbra". Ahora bien: esta conexión entre Derecho y fuerza ha sido entendida de formas distintas.

Para algunos (Austin, Ihering) la conexión es "externa": típicamente, las normas jurídicas se dirigen directamente a los ciudadanos ordenándoles cierta acción u omisión, lo cual en sí mismo resulta ya inteligible como norma que guía la conducta; ahora bien: como "medio" para asegurar el cumplimiento de la norma, a ésta se la respalda con un añadido "externo", que es la amenaza de la sanción. La coactividad es pues un "refuerzo" que se superpone a la norma "desde fuera", y la acompaña para asegurar que se obedezca lo que ella primariamente ordena (consistente en alguna otra conducta distinta de la sanción).

En cambio, para otros (Kelsen, Ross, Olivecrona) la conexión es "interna", mucho más íntima. Según esta otra visión, el contenido mismo de las normas jurídicas consiste en la

regulación del uso de la fuerza: las normas jurídicas tendrían como función principal determinar las condiciones bajo las cuales puede y/o debe usarse la fuerza por parte del aparato del Estado. Las normas jurídicas no van pues dirigidas directamente a los ciudadanos ordenándoles ciertas conductas, sino que van dirigidas a los órganos estatales (principalmente, a los jueces) ordenándoles siempre la misma conducta: la imposición de sanciones, cuando se den ciertas condiciones (p.e., cuando se den ciertas conductas de los ciudadanos, que es lo que al final se trata de evitar).

3. Imperativismo o prescriptivismo. El Derecho es un conjunto de normas que son siempre mandatos de conducta producto de actos de prescribir emanados de una autoridad y dirigidos a quienes están sujetos a ella (bien sea en el sentido estricto de órdenes de un concreto soberano fáctico que de hecho es obedecido, o bien en el sentido más flexible y abstracto de prescripciones del "legislador"). Se desconoce (o desatiende) la existencia de otros tipos de enunciados jurídicos que no son prescripciones (definiciones, enunciados valorativos, reglas constitutivas, reglas técnicas, reglas que confieren poderes...).

4. Legalismo. En cuanto a las fuentes del Derecho, se enfatiza la supremacía de la ley escrita. Las demás fuentes (costumbre, principios, jurisprudencia, doctrina científica), o no se consideran genuinas fuentes del Derecho (son sólo fuentes aparentes), o en todo caso su validez deriva de y está subordinada a su reconocimiento por parte de la ley.

5. Sistematicidad. En cuanto al ordenamiento jurídico en su conjunto, se considera que éste conforma un verdadero "sistema", dotado de las propiedades de unidad (fundamento único de validez para cada sistema jurídico, que lo unifica y lo individualiza respecto de los demás sistemas), plenitud o completitud (ausencia de lagunas) y consistencia (ausencia de antinomias).

6. Deductivismo o logicismo. En cuanto a la interpretación y aplicación del Derecho (función judicial), se considera que los jueces no crean Derecho, sino que se limitan a deducir "mecánicamente" -utilizando únicamente los métodos de la lógica- las soluciones a los casos que se supone que se derivan unívocamente a partir de reglas preexistentes de Derecho positivo (sin acudir a reglas o criterios externos al propio sistema jurídico-positivo, es decir, sin recurrir a normas creadas por el mismo juez o tomadas de otros sistemas normativos).

Paralelamente, también se considera que es una mera actividad lógica la actividad interpretativa y sistematizadora llevada a cabo por la Ciencia del Derecho.

c) Positivismo jurídico "como ideología" ("iuspositivismo ideológico" o "ético", o "concepción legalista de la justicia")

En esta tercera acepción, el iuspositivismo no es ni una tesis conceptual sobre el concepto de Derecho (sentido "a"), ni tampoco una tesis descriptiva acerca de los rasgos que de hecho caracterizan al Derecho positivo (sentido "b"). Ahora se trata en realidad de una tesis valorativa o prescriptiva acerca de la moralidad. Acerca de la moralidad del Derecho positivo.

El iuspositivismo ideológico sostiene que el Derecho positivo, por el mero hecho de ser Derecho positivo (es decir, independientemente de cuál sea el contenido de sus normas), es moralmente justo, y por tanto tenemos el deber moral de obedecerlo. Con otras palabras: el juicio acerca de la moralidad del Derecho se hace depender del juicio acerca de su juridicidad. Si una norma es jurídica (es válida), entonces, por el mero hecho de ser jurídica (no importa qué sea lo que ordene), es necesariamente justa, y tenemos el deber no sólo jurídico -lo cual sería una obviedad- sino también moral de obedecerla.

Expuesta así, esta tesis aparece como una irracional adoración moral al Derecho positivo, cualquiera que éste sea: una especie de infantil fetichismo hacia el Derecho, cuya moralidad es ciegamente aceptada "porque sí". "La ley es la ley", diría el positivista ideológico, "y por serlo debemos obedecerla" (y esto sólo cabe entenderlo como que "moralmente debemos obedecerla", pues decir que "jurídicamente" debemos obedecerla es una trivialidad: ya estaba dicho al decir que se trata de una ley). Es como si el positivista ideológico no fuera mayor de edad para sostener un criterio ético propio, independiente, desde el cual evaluar al Derecho y elogiarlo o criticarlo según se conforme o no a ese código moral que él sostenga.

Cabe sin embargo otra versión menos absurda (aunque, desde luego, todavía muy criticable) del positivismo ideológico. Esta otra versión defiende el deber moral de obedecer siempre al Derecho, pero ya no "porque sí", sino que intenta fundamentar ese deber en un valor último que se acepta de manera independiente: el valor de la paz. En síntesis, el

argumento sería el siguiente: 1) se parte de un fuerte relativismo moral: no hay criterios universales sobre lo justo, cada uno sostiene una idea distinta y es imposible un acuerdo racional; 2) esos desacuerdos pueden llevarnos a la lucha continua de unos contra otros, a la imposibilidad de la convivencia pacífica en sociedad; 3) frente a este peligro, cualquier Derecho positivo, cualquiera que sea el sistema de valores morales que incorpore (el cual será aceptado por algunos y rechazado por los demás), al menos realiza un valor que sí es aceptado por todos o casi todos: el valor del orden, la paz, la seguridad. Y ese valor lo realiza efectivamente *cualquier* Derecho positivo por el mero hecho de ser positivo, por su positividad misma, que no es otra cosa sino el hecho de que ese concreto ordenamiento ha logrado imponerse establemente, es decir, ha instaurado un cierto orden de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza en una sociedad (cualquier Derecho positivo, por definición, al menos impone de manera efectiva decisiones últimas que zanján las disputas). Ese orden podrá gustar más o menos a unos y a otros, seguirá el desacuerdo sobre si es un orden justo o injusto (no hay criterios objetivos al respecto, según esta postura), pero al menos, al ser positivo, representa la paz y evita que nos matemos unos a otros. En suma, si se considera que la paz es el valor supremo, o al menos el único sobre el que cabe un acuerdo, entonces a lo máximo que podemos aspirar no es a un "Derecho justo" (tal cosa no existe objetivamente), sino a que exista "algún" Derecho: aquel que logre imponerse (o sea, aquel que sea positivo) deberá ser obedecido, pues es el que ha instaurado algún tipo de orden.

Repárese en cómo, en esta segunda versión, el positivismo ideológico ya no dice que existe un deber moral de obedecer al Derecho positivo "porque es positivo", sin más, sino que hay que obedecerlo "porque, al ser positivo, instaura un orden, y el orden es el valor moral supremo". Por supuesto, frente a este positivismo ideológico cabe seguir discutiendo, por ejemplo, acerca del fuerte relativismo moral en que descansa, o acerca de si el orden siempre debe prevalecer sobre cualquier otro valor.

Por otra parte, cabe decir que el iuspositivismo ideológico en realidad hace quebrar la tesis de la separación conceptual entre Derecho y moral, que era el común denominador de todos los iuspositivistas (de ahí que algunos, como Ross, califiquen al positivismo ideológico de pseudopositivismo o cuasipositivismo). En todo caso, con el positivismo ideológico la

separación conceptual entre Derecho y moral desaparece, pero lo hace justo de la manera inversa a cómo desaparece en el iusnaturalismo. Para el iusnaturalismo no hay distinción conceptual entre Derecho y moral porque el juicio de juridicidad de una norma depende del de su moralidad: para que sea jurídica, ha de ser justa. Para el positivismo ideológico, en cambio, es el juicio de moralidad el que depende del de juridicidad: si la norma es jurídica, entonces es moralmente correcta. Pero el positivista ideológico sigue conservando un criterio de juridicidad independiente de la moral (lo cual le diferencia del iusnaturalista). Sí ocurre que tanto el iusnaturalista como el positivista ideológico están igualmente incapacitados para afirmar coherentemente un enunciado del tipo "El Derecho X es injusto".

## LA ESCUELA DE LA EXEGESIS

### 1. Introducción: El formalismo jurídico.

Las tres grandes corrientes iuspositivistas con que se inicia la ciencia jurídica moderna (la Escuela de la Exégesis francesa, la Jurisprudencia de Conceptos alemana y la Jurisprudencia Analítica inglesa) tienen en común su pertenencia a lo que podría llamarse el "formalismo jurídico". Así, la Escuela de la Exégesis dio lugar al "formalismo legal", que identifica al Derecho con las leyes generales de origen estatal; la Jurisprudencia de Conceptos dio lugar al "formalismo conceptual", que reduce el Derecho a una serie de conceptos y "formas" que no darían cuenta de la singularidad histórica o contenidos de cada Derecho; y la "Jurisprudencia Analítica" se alió con el "formalismo jurisprudencial", que limitó el estudio del Derecho, del *common law*, a unos pocos casos judiciales paradigmáticos de cuya *ratio decidendi* podrían desprenderse los principios y doctrinas generales en los que consiste verdaderamente el Derecho<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Estudiaremos en qué consiste el "formalismo jurisprudencial" en el tema 7: allí analizaremos el tipo de formalismo (jurisprudencial) que se desarrolló desde aproximadamente 1870 en Estados Unidos, y contra el cual reaccionó el movimiento denominado "realismo jurídico norteamericano". En realidad, la jurisprudencia analítica inglesa (Bentham y Austin; tema 4) se aproxima más bien al "formalismo conceptual", en la medida en que se preocupó por elaborar un sistema de conceptos jurídicos generales (una "teoría general del derecho"), al estilo del conceptualismo del primer Ihering y los pandectistas alemanes. Pero la jurisprudencia analítica inglesa comparte con la Escuela de la Exégesis francesa el énfasis en el Estado (el "soberano", en el imperativismo de la jurisprudencia analítica inglesa) como fuente del Derecho, dando una clara primacía a la ley (el "soberano" es el Parlamento británico, que emite leyes) como la fuente básica del Derecho. La jurisprudencia analítica inglesa no sería en realidad la corriente más representativa del "formalismo jurisprudencial" (judicial). Bentham y (en menor medida) Austin adoptaron una actitud crítica hacia el Common Law (la jurisprudencia de los tribunales ingleses): fueron partidarios de la codificación del Derecho inglés (o sea, recoger el Common Law jurisprudencial en *leyes* sistemáticas dictadas por el Parlamento soberano), y defendieron una clara primacía de la ley sobre la jurisprudencia del Common Law (criticaron la doctrina tradicional inglesa, todavía viva en su época, según la cual, como había argumentado Sir Edward Coke en el célebre caso Bonham en 1610, el Common Law prevalece sobre la ley del Parlamento). Obviamente, Bentham y Austin no podían ignorar la importancia del Derecho de creación judicial en un país como Inglaterra, pero buscaron artificios (la "adopción" de Bentham, los "mandatos tácitos" de Austin) para reconducir la juridicidad de la jurisprudencia de los tribunales a esa fuente única que sería el Parlamento (Poder Legislativo) soberano. Este "estatalismo legalista" sobre las fuentes aproximaría a la jurisprudencia analítica inglesa (y también al conceptualismo alemán) hacia el formalismo legal de la Escuela de la Exégesis. La gran diferencia con ésta (y lo que aproxima a la jurisprudencia analítica al formalismo *conceptual* alemán) radica no tanto en la cuestión de las fuentes, sino en la del *método* jurídico: ingleses y alemanes elaboraron, a partir de un "material jurídico" básicamente emanado (directa o indirectamente), eso sí, del Legislativo, un aparato de conceptos científico-jurídicos que transforma el Derecho legislado "en bruto" en un Derecho sistematizado, racional y depurado, de cuya juridicidad no se duda. Los franceses de la Escuela de la Exégesis nunca llegaron a "elaborar" científicamente el Derecho en ese nivel de abstracción: "comentaban" los Códigos (simple "exégesis", análisis), sin apenas elaborar a partir de (o "elevándose sobre") ellos una genuina "dogmática jurídica", ni menos aún una "teoría general del Derecho" o una gran sistematización del mismo que fuera bien distinta de la sistemática del propio Código.

Aunque se trata de tres tipos de formalismo, comparten la misma actitud general hacia el Derecho, que puede resumirse en las siguientes características (la diferencia entre ellos reside en el mayor o menor énfasis puesto en una u otra de estas características) (como enseguida se verá, estos rasgos del formalismo vienen a coincidir con lo que, según vimos en el tema 2, Bobbio denomina “positivismo jurídico como teoría”: con esta expresión, Bobbio estaba haciendo referencia al iuspositivismo *formalista*):

1) El Derecho es un sistema completo (carente de lagunas) y coherente (carente de antinomias), capaz de dar una única respuesta correcta a toda cuestión jurídica; de aquí se deriva una tendencia a privilegiar la analogía como procedimiento para resolver los nuevos casos a partir del Derecho, en lugar de preguntarse por cuál sería la mejor solución (la moralmente más correcta, o la socialmente más útil) de dichos casos teniendo en cuenta cuáles son sus particularidades.

2) Sólo los legisladores, y no los tribunales, pueden crear Derecho, como consecuencia de la doctrina de la división de poderes (doctrina que se considera un atributo necesario de todo ordenamiento jurídico). El juez es simplemente “la boca de la ley”, aplica estrictamente el Derecho sin jugar ningún papel valorativo o creativo y sin introducir consideraciones “extrajurídicas” (morales o sociales).

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, no podría hablarse de seguridad jurídica, que para el formalismo es el valor supremo).

4) El Derecho válido, el verdadero Derecho, consiste en reglas generales, tal como aparecen formuladas en los "libros jurídicos", bien se trate de códigos, obras doctrinales o repertorios jurisprudenciales.

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 el material jurídico 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, es decir, a

argumentos que tengan en cuenta las consecuencias sociales o morales de una determinada decisión.

7) Las decisiones judiciales sólo pueden justificarse deductivamente, esto es, según el esquema lógico-deductivo del silogismo subsuntivo, que se compone de: una premisa general de carácter normativo (la norma jurídica); una premisa particular de carácter descriptivo (los hechos del caso); y una conclusión de carácter también normativo pero particular (la parte dispositiva o fallo de la sentencia), que se obtiene “subsumiendo” los hechos particulares del caso en el “supuesto de hecho” general de la norma, y que consiste en la imputación a los hechos de la consecuencia jurídica prevista en la norma jurídica.

8) La certeza y la predecibilidad (la seguridad jurídica), esto es, poder determinar cuáles son las consecuencias jurídicas de nuestras acciones, se considera el máximo ideal al que el Derecho debe tender.

9) La interpretación de las normas es una operación cognoscitiva, consistente en describir el significado objetivo de un texto, o la voluntad del legislador, de manera que no queda espacio para la discrecionalidad del intérprete.

10) Se concibe al Derecho como algo sagrado, como un fin en sí mismo; de ahí que los formalistas ensalcen los valores internos al Derecho y reduzcan lo justo a lo jurídico (iuspositivismo ideológico).

En las páginas que siguen nos ocuparemos del formalismo legal, que tuvo su máxima expresión en la Escuela de la Exégesis francesa, y que se desarrolló a partir del proceso de codificación que se produjo en Europa desde finales del siglo XVIII.

## 2. Presupuestos de la Escuela de la Exégesis: La codificación.

La Escuela de la Exégesis fue un producto de la Codificación. Pueden señalarse los siguientes factores o causas que impulsaron el proceso de codificación del Derecho en Francia (y que, de modo más o menos análogo, se daban también en otros países europeos):

1) *Caos jurídico*.- Se trata de una causa de tipo técnico: el panorama del Derecho positivo hacia el final del siglo XVIII era poco menos que caótico, y un Código podría acabar con ese caos. Por un lado, permanecía vigente el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano, pero se había producido un desajuste tal entre éste y la sociedad del momento que apenas podía ser

aplicado. Para intentar adaptarla a las circunstancias sociales de cada momento (muy alejadas de las del Imperio Romano), a la compilación justiniana (que, por cierto, se elaboró además en un período de decadencia del Derecho Romano) se le habían ido sumado a lo largo de los siglos: interpretaciones de los glosadores y postglosadores o comentaristas, y demás opiniones de jurisconsultos (doctrina científica); sentencias a las que se otorgaba validez como fuente del Derecho (jurisprudencia); el Derecho Canónico; el Derecho feudal medieval (en Francia tuvo especial arraigo el feudalismo, con su complejo sistema de sucesivos enfeudamientos y subenfeudamientos y toda su normativa sobre propiedad de la tierra, sucesiones, estatutos jurídicos personales, etc.); el Derecho gremial y su compleja normativa por oficios, corporaciones y profesiones; legislación diversa (de los diversos reinos y principados, del Emperador, y después del Estado-nación francés y su monarca); Derecho consuetudinario local; usos del comercio; estatutos propios y privilegios de ciudades aforadas; etc. Todo ello hacía difícil la determinación de qué norma era aplicable a un determinado caso, así como evitar contradicciones o desajustes entre las normas y la realidad económica y social, y favorecía la influencia de los juristas, especialmente de los más prestigiosos, cuyas opiniones casi constituían fuente del Derecho.

2) *Fraccionamiento territorial del Derecho francés.*- Ese caos se agudizaba además por el fraccionamiento territorial del Derecho en Francia: pese a su unificación política como Estado desde el siglo XV, subsistía en Francia una gran pluralidad de legislaciones y Derechos regionales y locales. Simplificando mucho, en el sur y en el Mediterráneo francés predominaba el Derecho Romano justiniano de carácter escrito, mientras que en el norte y la zona atlántica predominaba el Derecho de origen germánico, de carácter predominantemente consuetudinario. El jacobinismo centralista surgido de la Revolución francesa (y el nacionalismo unificador, como en el caso de Alemania, que no logró constituir un único Estado hasta 1871) se propone acabar con ese fraccionamiento jurídico, y el Código será el instrumento para esa unificación jurídica.

3) *El Código como positivización de la racionalidad del Derecho Natural.*- Se trata de una causa de índole doctrinal. Ante el desajuste entre el Derecho positivo y las necesidades de la vida cotidiana, y ante el carácter fragmentario y caótico, técnicamente defectuoso, del Derecho positivo, los juristas iusnaturalistas insistían en la existencia de un Derecho natural,

constituido por una serie de principios cognoscibles a través de la razón y universalmente válidos, que ofrecían solución a todos los problemas que podían plantearse. Se consideraba que el Derecho natural sí era un sistema racional, completo y coherente. De hecho, el iusnaturalismo racionalista se había dedicado durante siglos al análisis lógico de las reglas y principios de Derecho natural y a la construcción (presentada más bien como “descubrimiento” o explicitación) de un verdadero “sistema” de Derecho Natural. Ahora se considera que había que adecuar urgentemente el *Corpus Iuris* y el resto de normas vigentes a ese sistema racional de conceptos y principios de Derecho Natural: el Derecho natural podía y debía ser el modelo que inspirara la necesaria unificación y racionalización del Derecho positivo. Esa tarea de unificación, depuración racional y sistematización del Derecho positivo, plasmando en él (“positivizando”) no ya los contenidos (cfr. *infra*, punto 4) sino los rasgos formales, sistemáticos, de ese supuesto “sistema de Derecho Natural” que le serviría de modelo, no era otra cosa sino la elaboración de un Código. De este modo, una vez en vigor, se ensalzarán las supuestas virtudes técnicas (simplicidad, claridad, univocidad, certeza, plenitud, consistencia lógica..., en definitiva, racionalidad) del Código, en cuanto que dotado de aquella racionalidad que antes se predicaba del Derecho natural-racional: el Código, presentado como producto de “la Razón”, sería la plasmación, la traducción jurídico-positiva, de esa racionalidad del Derecho Natural, sólo que esta vez promulgada por el legislador humano. (A partir de entonces, a ese Código jurídico-positivo se le aplicará –sobre todo en Alemania- un método de análisis lógico y conceptual que, en lo básico, no era distinto del que los iusnaturalistas racionalistas habían aplicado anteriormente al Derecho Natural).

Esto, por supuesto, forma parte del discurso justificativo, en buena parte ideológico, que acompañó a la elaboración y a la posterior defensa de los Códigos. En la realidad, bajo esa supuesta inspiración y justificación iusnaturalista-racionalista, mucho de lo que se hizo al elaborar los Códigos no fue otra cosa sino una sistematización del caótico Derecho positivo entonces vigente: más que “positivizar” el Derecho Natural, se “naturalizó” el Derecho positivo (empezando por el Derecho Romano), dotando de una justificación iusnaturalista racionalista a su recopilación sistemática en un Código.

4) *Adaptación del Derecho a los ideales liberales revolucionarios.*- En cuarto lugar, una causa de índole política: el Derecho positivo vigente a finales del XVIII estaba inspirado en principios propios del “Antiguo Régimen” que chocaban frontalmente con los ideales del liberalismo político que acabaron triunfando en la Revolución francesa y en las sucesivas revoluciones burguesas del siglo XIX en Europa. Era necesario adaptar también el Derecho (no sólo promulgar una Constitución u otras leyes políticas) a los ideales revolucionarios triunfantes. Y la vía para esa adaptación sería la codificación. Así, por ejemplo, el Código Civil francés fue el resultado del siguiente mandato de la Asamblea constituyente en 1790 (en plena revolución): “Las leyes civiles serán revisadas y reformadas por los legisladores, y se hará un Código General de leyes simples, claras y ajustadas a la Constitución”.

Esa reforma suponía armonizar el Derecho, a través de la codificación, con ideales propios de la Modernidad y del liberalismo ilustrado tales como los de soberanía estatal, igualdad jurídica, separación de poderes, o seguridad jurídica.

Los Estados modernos pretendían afirmar definitivamente su **soberanía** frente a los poderes alternativos de diversos “cuerpos intermedios” que en el Antiguo Régimen rivalizaban con el poder del Estado (son cuerpos “intermedios” por representar instancias de poder que se interponen entre el individuo y el Estado). Había que abolir, o cuando menos subordinar al poder del Estado, la diversidad de normas provenientes de esos cuerpos intermedios, de esas fuentes distintas del Estado: las normas consuetudinarias, los fueros y estatutos de las ciudades, los privilegios de la nobleza y de sus instituciones y normas propias (de origen feudal), el Derecho de los gremios y corporaciones de raíz medieval, el Derecho de la Iglesia, incluso las opiniones de los juristas más prestigiosos (que tanto influían con sus interpretaciones en la aplicación del Derecho), eran frenos al monopolio estatal del poder. Por todo ello, convenía para la centralización del poder la ideología de la codificación, según la cual sólo la *ley*, emanada del soberano estatal, es fuente del Derecho (negando validez jurídica a las costumbres y a las normas dispersas emanadas de esas otras instancias intermedias). Esta primacía de la ley del soberano estatal se vincula con otros principios liberales y modernos. El Código ha de inspirarse en el principio de igualdad ante la ley: la única fuente del Derecho es la ley, que es igual para todos; el Código ha de basarse pues en la **igualdad jurídica**, todos los individuos son por igual “sujetos de derecho”, ha de desaparecer

la diversidad de *status* jurídicos personales propia de regímenes premodernos (diversidad jurídica entre amos y esclavos, entre señores y siervos, entre nobleza, clero y “Tercer Estado”... la diversidad jurídica personal estaba a menudo vinculada a aquellos “cuerpos intermedios”: fueros jurisdiccionales y estatutos jurídicos personales diversos entre los miembros de la Iglesia, la nobleza, el ejército, las corporaciones profesionales, los habitantes de “ciudades libres”, etc.). El principio de **separación de poderes** representa también la primacía del legislador estatal y soberano (el intérprete, sea juez o jurisconsulto, queda reducido a mero declarador mecánico de la voluntad de la Nación soberana expresada en la ley; sólo el legislador puede crear Derecho). Por último, el Código ha de plasmar el valor de la **seguridad jurídica**, que se traduce en un “Estado de Derecho” que actúa a través de la ley y sólo sometido a la ley, y en un Derecho Moderno o “racional-formal” en el que las decisiones jurídicas son predecibles, y se toman siguiendo formalidades y procedimientos preestablecidos y racionales en los que sólo cabe aplicar estándares jurídicos formalmente válidos (la ley del soberano estatal, los Códigos, cuya juridicidad depende de su forma de creación y no de la cualidad intrínseca de su contenido sustantivo), y no consideraciones materiales de tipo religioso, moral o de utilidad social (la seguridad jurídica de un Derecho racional-formal se afirmará frente al casuismo y la arbitrariedad del poder, propio del modelo premoderno de la “justicia del cadí”).

La influencia del iusnaturalismo racionalista fue decisiva en este punto: la codificación representaba la positivización del Derecho natural no sólo en cuanto a sus rasgos técnicos o formales de sistematicidad y racionalidad (*supra*, punto 3), sino también en estos ideales liberales (soberanía, igualdad, separación de poderes, seguridad jurídica, y muchos otros) que inspiraron su contenido, pues éstos eran precisamente los ideales políticos revolucionarios del iusnaturalismo racionalista. Ideales iusnaturalistas que quedaron positivizados:

-En la prelación de fuentes, quedó consagrada la primacía de la ley, expresión de la Nación soberana.

-En las declaraciones de derechos y en las Constituciones, los derechos se reconocían a las personas por considerarlos procedentes del Derecho natural y, por tanto, aunque el Derecho del Estado los recogía, eran anteriores a cualquier regulación humana. Los propios Códigos

consagraron esos derechos de libertad, igualdad jurídica, propiedad, etc., que inspiraron su normativa concreta.

-En especial, la influencia del iusnaturalismo racionalista quedó reflejada en el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico. En estos códigos se establece la obligación del juez de dictar sentencia, pero no se le autoriza a recurrir a elementos ajenos al código para hacerlo, ni siquiera en caso de indeterminación de la norma, pues se presume que el Código es completo (carece de lagunas) o "se autointegra". De esta manera, se trata de reducir el poder de los jueces (manteniendo la separación de poderes) y de asegurar la seguridad o certeza jurídica. Ambos principios -separación de poderes y seguridad jurídica- son de inspiración iusnaturalista, y fueron a su vez los que generaron la creencia de que todo el Derecho está contenido en los códigos, que sólo el Derecho legislado es Derecho; esto es, el germen de la concepción que hoy llamamos positivismo jurídico.

Todos estos factores dieron lugar a la elaboración de proyectos de códigos, que desembocaron al fin en la codificación prusiana, bajo el reinado de Federico II (el primer código data de 1794), y en la codificación francesa (el Código civil, más conocido como Código de Napoleón, es de 1804, y en los años siguientes se promulgaron el código de procedimiento civil, de comercio, de procedimiento penal y el código penal).

### 3. Ideas centrales de la Escuela de la Exégesis. Su concepción del Derecho y de la tarea de los juristas.

Todas las anteriores transformaciones en el nivel del Derecho tuvieron su repercusión en el nivel de la ciencia del Derecho: El modelo de jurista teórico tras la promulgación de los códigos difiere del modelo de jurista romano, que podía -dada su autoridad y prestigio- crear normas ajustadas a casos concretos, y del modelo de jurista del Renacimiento, dedicado a desentrañar las fuentes del Derecho y a establecer la correspondencia entre las normas positivas y el Derecho natural. El nuevo jurista debe limitarse a estudiar el código, consciente de que más allá de él no existe Derecho. Debe limitarse a describirlo y a deducir de él normas implícitas, pero sin rebasar el marco del Derecho legislado. Su tarea tampoco es la de ajustar

el Derecho a la realidad cambiante, pues se supone que el Derecho de la codificación es un logro de la civilización y ha alcanzado la categoría de una obra perfecta, inmutable, ahistórica: una obra para todos los tiempos venideros.

La principal manifestación del formalismo legal, como hemos dicho, es la llamada Escuela de la Exégesis, que surgió en Francia y agrupó en el siglo XIX a la mayoría de civilistas franceses (entre los más prestigiosos autores de esta Escuela encontramos a Duranton, Bugnet, Demolombe, etc). Suelen distinguirse tres periodos en esta Escuela: un periodo de formación (de 1804 a 1830, aproximadamente), un periodo de apogeo (de 1830 a 1880) y un periodo de decadencia (a partir de 1880). La Escuela de la Exégesis supuso una nueva forma de estudio y enseñanza del Derecho en las facultades (aunque su origen no es exclusivamente universitario, en la medida en que esta nueva forma de considerar al Derecho fue impulsada y favorecida por el Gobierno del Imperio), y sus precursores abordaron su tarea con entusiasmo, en la convicción de que con su nuevo método consiguieron "restituir a la ciencia del Derecho civil el carácter de pureza que la hace bella".

Las principales características de esta nueva forma de considerar y enseñar el Derecho fueron las siguientes:

1) Culto al texto de la ley: Para la Escuela de la Exégesis la única preocupación del jurista ha de ser el Derecho positivo, y el Derecho positivo está constituido exclusivamente por la ley: No hay, pues, ninguna otra fuente del Derecho distinta de la ley. Se niega valor a la costumbre, a la jurisprudencia, a la actividad de los juristas, etc. Esta adhesión a la ley, entendida como lo prescrito por los textos de los códigos, se manifiesta en expresiones como las siguientes: "No conozco el Derecho civil, sólo enseño el Código de Napoleón", exclamaba Bugnet; y Demolombe escribió: "Mi divisa, mi profesión de fe, es la siguiente: ¡Los textos ante todo. Publico un Curso del Código de Napoleón. Tengo, pues, por objeto, interpretar, explicar el Código de Napoleón mismo, considerado como ley viva, como ley aplicable y obligatoria, y mi preferencia por el método dogmático no me impedirá tener siempre, como base, los artículos de la ley". Y otro autor rechazaba la tendencia a explicar el Código de Napoleón recurriendo al antiguo Derecho o al Derecho romano, porque "Es en el Código de Napoleón donde debe estudiarse el Código de Napoleón".

2) Dado que el Derecho se reduce a la ley, se atribuye al Derecho un carácter eminentemente estatal: las leyes naturales, la moral, las costumbres y, en general, todas las normas cuyo origen no se encuentra en el Estado sólo obligan si son recogidas por el Derecho del Estado:

"Las leyes naturales, o morales, sólo son obligatorias en tanto que son sancionadas por la ley escrita. Las demás no son materia de Derecho, y el juez que se apoyara en ellas para motivar sus decisiones rebasaría los límites de sus facultades. Solamente al legislador pertenece el derecho de determinar, entre las numerosas y algunas veces controvertidas reglas del Derecho natural, las que son igualmente obligatorias... *Dura lex, sed lex*".

3) Predominio de la intención del legislador en la interpretación del texto de la ley: El Derecho positivo únicamente está contenido en los artículos de los códigos, y el primer criterio para su interpretación es ceñirse a su tenor literal (instrumento gramatical o textual). Pero es posible que los textos, considerados aisladamente, en sí mismos, sean susceptibles de que les sean atribuidos los más diversos sentidos. En ese caso la Escuela de la Exégesis se planteó si debía permitirse que el jurista los interprete y aplique a su manera, de conformidad con las necesidades cambiantes de la realidad. Su respuesta es que no: la interpretación debe dirigirse exclusivamente a buscar la intención del legislador; los juristas no deben modificar el sentido que el legislador quiso darle a la ley, aduciendo, por ejemplo, que deben adecuarla a determinados fines. Sólo el legislador puede emitir normas jurídicas; si los jueces interpretaran las leyes al margen de la intención del legislador, estarían realizando una interpretación creadora y, por tanto, usurpando sus funciones. Los textos son expresiones de la intención del legislador y en el caso de que la letra de la ley permita deducir varias consecuencias, deben rechazarse todas aquellas que no se correspondan con lo que el legislador quiso decir:

"¡A cuántos desvaríos y a cuántas desviaciones no ha dado lugar una interpretación temeraria o audaz! (...) En una palabra, frecuentemente y sobre todo en los últimos años, espíritus impacientes, preocupados más por interpretar la ley a su arbitrio que por buscar el verdadero sentido de ella, han sobrepasado los límites asignados a la interpretación. Los profesores, encargados de impartir a nombre del

Estado las enseñanzas jurídicas, tienen por misión protestar, medida, pero firmemente, contra toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña".

Lo primero que se busca es la intención psicológica, real, del legislador (interpretación subjetiva). Y, si no se encuentra, habrá que buscar su intención "supuesta" o "presunta": la que habría tenido el legislador de habersele presentado ese caso. Para ello, cabe acudir a la analogía, los precedentes históricos, la doctrina o la jurisprudencia... pero sólo como guía para descubrir aquello que es posible deducir del Código según la voluntad del legislador, sin aspiraciones creativas por parte del intérprete.

4) Consideración del Derecho como una obra perfecta: esto es, el Código contiene soluciones para todos los casos (carece de lagunas) y es completamente coherente (carece de contradicciones), puesto que es la cristalización del Derecho natural.

5) Predominio de la analogía como método de resolución de las insuficiencias de la ley: Las insuficiencias que aun así pueda tener la ley se suplen mediante la analogía, esto es, sin necesidad de recurrir a instancias fuera del Derecho (como la costumbre o el Derecho histórico) para resolver las posibles lagunas. El Derecho es perfecto en la medida en que resuelve sus problemas sin necesidad de recurrir a factores externos: se autointegra.

6) El método exegético: El jurista teórico debe comentar el código, artículo por artículo. Su método -el método exegético- consiste en reducir el estudio del Derecho civil al estudio del código civil, y estructurar este estudio de acuerdo con el orden mismo de las disposiciones del código, esto es, dividiéndolo en libros, títulos, capítulos, secciones y artículos, expuestos en el mismo orden que en el código. Los libros de los juristas teóricos son, por ello, meramente comentarios al código civil, siguiendo en todo el mismo orden y las mismas divisiones que el código (este método, el exegético puro, fue debilitándose, con lo que estos juristas se permitieron alterar la sistemática del código en sus exposiciones, pero siempre sin apartarse del texto de la ley y la voluntad del legislador). En estos comentarios, los juristas, una vez descubierta la intención del legislador y determinado el sentido de la norma, deben *deducir* de ella todas sus consecuencias, esto es, explicitar toda la extensión de la norma (todos los supuestos a los que resulta aplicable), a través de un proceso lógico y racional (sin realizar o apoyarse en valoraciones extrajurídicas). Este método -a diferencia de lo que

ocurre con el formalismo conceptual- rehuye de la excesiva abstracción y de la construcción de conceptos demasiado generales.

#### 4. Crítica a la Escuela de la Exégesis.

Las críticas que pueden realizarse a esta escuela -la mayoría de ellas formuladas por Geny- pueden resumirse en los siguientes puntos:

1) Inmovilismo y ahistoricismo: La Escuela de la Exégesis presupone la adecuación del Derecho a la solución de todos los problemas que se puedan plantear, negando la evidencia de que la realidad social es una realidad cambiante que exige a su vez cambios en el Derecho. Los juristas pueden realizar una importante función de adaptación del Derecho, pero la Escuela de la Exégesis niega la legitimidad de esta función. Se traslada al Derecho positivo la misma inmutabilidad que se atribuía al Derecho natural. Sin embargo, aunque el proceso se vivió como una cristalización del Derecho natural, los códigos en realidad se habían limitado a reunir el fragmentado Derecho anterior (en lugar de diseñar un nuevo Derecho), con lo que pervivían en gran medida los problemas de adaptación a la realidad.

2) Subjetivismo encubierto: El recurso a la intención del legislador, dada la dificultad de establecer qué es lo que el legislador quiso realmente decir, propicia que cada jurista interprete la ley a su arbitrio, de manera encubierta (por ejemplo, cuando se pretendía encontrar algo así como la intención presunta del legislador, esto es, la intención que debía haber tenido). La misma función de encubrimiento de las opiniones subjetivas de los juristas cumple la ideología de que el código es perfecto o que el legislador siempre es racional (se presentan como soluciones objetivas derivadas del código lo que no son más que pareceres particulares de los juristas).

3) Inutilidad de la ciencia del Derecho exegética: en la medida en que se limitan a describir el Derecho, sin alterar la sistemática del código y sin elaborar conceptos, la ciencia del Derecho resulta una tarea superficial, sin excesiva relevancia práctica, puesto que se niega el papel crítico o reformador del jurista teórico.

#### Bibliografía

- Manuel Atienza: Introducción al Derecho.
- J. Bonnacase: La Escuela de la Exégesis en Derecho civil
- Guido Fassó: Historia de la filosofía del Derecho, Vol. 3.
- Antonio Hernández Gil: Metodología de la ciencia del Derecho.

## BENTHAM Y AUSTIN

Los mismos ideales de certidumbre y estabilización del Derecho que se vivían en el continente se dejaban sentir también en Inglaterra, si bien de una manera más limitada. Esta tendencia a la codificación no tuvo consecuencias prácticas en este país porque no se sentía con igual necesidad la tarea de frenar a los jueces, que siempre habían actuado como una barrera al despotismo de los reyes, y por la menor intensidad del carácter absoluto de los monarcas. El Derecho procedente de los jueces y de la costumbre se encontraba tan firmemente enraizado que probablemente hubiera sido inútil tratar de arrancarlo. En cambio, sí tuvo influencia en el ámbito teórico, especialmente en Bentham y Austin, quienes vincularon el ideal de la codificación con los principios del utilitarismo. Aunque Austin fue discípulo de Bentham, la obra de Austin es más rigurosa y completa en lo que se refiere a la teoría del Derecho, por lo que comenzaremos con la exposición de sus ideas y después veremos las de Bentham, en la medida en que difieran o sean complementarias.

### AUSTIN

#### 1. La ciencia del Derecho en Austin.

Austin perteneció -junto con Bentham, James Mill y John Stuart Mill- a un grupo de pensadores utilitaristas que tuvo una gran influencia en la Inglaterra de finales del XVIII y principios del XIX. Mientras Bentham se preocupó fundamentalmente de las cuestiones ético-políticas relacionadas con el Derecho, Austin se centró en los problemas lógico-conceptuales que planteaba.

Consecuentemente con su interés, Austin propuso que debía distinguirse, a propósito del estudio del Derecho, entre una "jurisprudencia general" (entendiendo jurisprudencia, que es una palabra ambigua, no como un conjunto de sentencias, sino como Teoría del Derecho) y una ciencia de la legislación:

(1) La *jurisprudencia general* -a la que él llamaba también analítica- tenía la tarea de describir el Derecho positivo, esto es, el Derecho que "es", analizando cada uno de sus

elementos y sin entrar en valoraciones morales de dicho Derecho. El calificativo de analítica expresa que esta actividad debe partir del estudio del Derecho positivo y abstraer los conceptos comunes a los distintos ordenamientos jurídicos, sometiéndolos a un análisis conceptual. De esta manera, se estudian conceptos como el de norma, sanción, deber, responsabilidad, soberanía, etc., que son comunes a cualquier Derecho, definiéndolos, señalando sus diferencias con conceptos afines, determinando las relaciones que existen entre ellos y tratando de construir una teoría de los conceptos jurídicos. A diferencia de la Escuela de la Exégesis, cuyo método consistía en deducir de las normas del código todas las normas implícitas (proceso de deducción, como en las ciencias formales), la jurisprudencia analítica de Austin procede de lo particular (los distintos ordenamientos jurídicos) a lo general (abstracción de los conceptos comunes. Proceso de inducción, como en las ciencias empíricas o naturales).

(2) La *ciencia de la legislación* es semejante para Austin a lo que hoy llamamos política legislativa, esto es, el estudio del Derecho que "debe ser", las propuestas de valoración y modificación del Derecho (que para Austin debían realizarse desde una perspectiva moral utilitarista). Pero esta actividad -la ciencia de la legislación- es considerada por Austin como parte de la ética, y apenas se ocupó de ella -a diferencia de Bentham-, aunque sostuvo que los estudiosos del Derecho podían realizar este tipo de aproximación al mismo.

De manera que podríamos resumir todo lo anterior señalando que el objeto de la jurisprudencia analítica de Austin -que, como puede apreciarse, presenta ya muchos rasgos del positivismo jurídico- es el Derecho positivo, el Derecho realmente existente; su función es meramente descriptiva y su método consiste en el análisis de los conceptos comunes a todos los ordenamientos jurídicos, abstraídos a partir de ellos.

## 2. El Derecho en Austin: El Derecho como mandato de la autoridad soberana.

Como hemos visto, Austin se ocupó del análisis de los conceptos generales o básicos de los distintos ordenamientos jurídicos. Veamos su tratamiento de algunos de estos conceptos.

El punto de partida de la concepción del Derecho de Austin es la idea de mandato: Austin define a las normas como órdenes o mandatos, esto es, como la expresión por parte de

una persona que se encuentra en una posición de fuerza del deseo de que otra persona realice una determinada acción, amenazando al mismo tiempo con infligir un daño (una sanción) si no se realiza tal acción. Pues bien, el Derecho es un conjunto de mandatos emitidos por el soberano. Puesto que el soberano tiene el poder de aplicar una sanción en caso de incumplimiento de sus mandatos, los destinatarios de los mandatos tienen el *deber* de cumplirlos.

De manera que en la teoría de Austin mandato (norma), sanción y deber son términos inseparablemente unidos. No puede haber un mandato sin sanción, y el deber es el correlativo de un mandato. La obligatoriedad del Derecho se explica así como la posibilidad de sufrir un castigo en caso de incumplimiento de la norma.

Todas las normas que no puedan explicarse como mandatos de las que surge un deber a través de la amenaza de una sanción, no pueden considerarse parte del Derecho. Así, las normas derivadas de la opinión o de los sentimientos de las personas, como las normas de moral social (las creencias morales de las personas), no son normas jurídicas. Una dificultad importante en esta teoría, especialmente en Inglaterra, es dar entrada en el ámbito del Derecho a las costumbres y a las normas creadas por los jueces. Austin sostuvo que las costumbres sólo eran Derecho en la medida en que el soberano las establecía como obligatorias, y que el Derecho de creación judicial tenía carácter jurídico porque el soberano cedía a los jueces el poder de crear Derecho.

Como puede apreciarse, el concepto de soberano es un concepto central para la teoría del Derecho de Austin. Este definió al soberano como aquél que recibe obediencia habitual por parte de los ciudadanos y a su vez no obedece a ninguna instancia superior. La obediencia habitual es un hecho: implica una regularidad de la conducta de los ciudadanos, un hábito.

En definitiva, podemos resumir la teoría del Derecho de Austin tratando de responder a las siguientes cuestiones (de acuerdo con nuestro esquema propuesto):

a) Concepto y tipos de normas: para Austin todas las normas jurídicas son mandatos (esto es, expresiones de un deseo de que se realice una determinada acción acompañados de la amenaza de una sanción) emanados del soberano. No hay normas jurídicas sin sanción y no hay sino un solo tipo de normas.

b) Por lo que respecta al concepto de validez, para Austin las normas pertenecen al sistema jurídico cuando provienen del soberano. El "deber" u "obligatoriedad" de las normas se deriva de la amenaza de la sanción.

c) El sistema descansa (se cierra) en la figura del soberano, que se identifica con aquél que recibe obediencia habitual y no obedece a nadie.

### 3. Críticas a la concepción de Austin del Derecho.

Las principales críticas a Austin se deben a H.L.A. Hart y a K. Olivecrona. La crítica de Hart, por su parte, es doble y se dirige, por un lado, al concepto de norma de Austin (más concretamente, a la vinculación que Austin establece entre norma jurídica y sanción) y, por otra parte, al cierre del sistema mediante el recurso a la idea de obediencia habitual al soberano. La crítica de Olivecrona se basa en sostener el carácter circular de las definiciones de soberano y Derecho.

#### **3.1. La crítica de Hart al concepto de norma de Austin.**

Como puede recordarse, Austin define a las normas jurídicas como mandatos del soberano respaldados por una sanción. De esta manera, la sanción es un elemento intrínseco de la definición de norma jurídica y, por ello, no puede haber normas jurídicas sin sanción dentro del modelo de Austin. Esta caracterización de las normas jurídicas, en opinión de Hart, es correcta para ciertos sectores del ordenamiento jurídico -como el Derecho penal y algunas normas de Derecho civil-, pero no para otros. Por ejemplo, parece cierto que las normas de Derecho penal establecen sanciones para el caso de que el deber jurídico que ellas establecen se incumpla: las penas o sanciones que las normas penales disponen buscan crear un motivo para que los hombres se abstengan de relizar ciertas acciones. Por ello existe cierta semejanza entre las normas de Derecho penal y los mandatos respaldados por amenazas. La misma semejanza podría verse entre estos mandatos y las normas de Derecho civil que regulan la responsabilidad extracontractual por ilícitos civiles. Estas normas establecen sanciones que tienen como objetivo resarcir a los individuos de los daños realizados por la violación de normas que establecen deberes de carácter civil.

Sin embargo, existen importantes tipos de normas jurídicas respecto de las cuales la analogía con los mandatos respaldados por la amenaza de una sanción no cabe en absoluto. Por ejemplo, las normas que establecen los requisitos y el procedimiento para celebrar ciertos contratos, o para casarse, otorgar testamento válido, etc. Estas normas no imponen obligaciones, sino que otorgan facultades de realizar acciones institucionales (casarse, otorgar testamento, etc.). En caso de incumplimiento de estas normas, el matrimonio, el contrato o el testamento no serán válidos, pero no hay ninguna sanción aplicable.

De manera que esta crítica de Hart a Austin podría concretarse diciendo que existen básicamente dos tipos de normas jurídicas: aquellas que establecen obligaciones y aquellas que otorgan poderes (públicos, como el de legislar o dictar sentencia, o privados, como el de contraer matrimonio o celebrar contratos), y que el modelo de las normas jurídicas como mandatos u órdenes respaldadas por sanciones sólo es adecuado para el primer tipo de normas.

Una posible réplica de Austin a esta crítica podría consistir en sostener que la nulidad de los actos jurídicos celebrados incumpliendo las normas que otorgan poderes es un tipo de sanción. Si la nulidad es una sanción, entonces también las normas que confieren poderes establecen sanciones, y de nuevo todas las normas cabrían dentro del modelo de Austin. Hart se adelanta a esta objeción, señalando las diferencias entre nulidad y sanción:

- a) Aunque en muchos casos la nulidad puede implicar un mal (la frustración de ciertas expectativas, por ejemplo), en otros no tiene por qué serlo: un litigante que verifica que el contrato que celebró no es obligatorio para él, porque lo firmó siendo menor de edad, no tiene por qué ver un mal en la nulidad del contrato.
- b) Las sanciones tienen como función desalentar ciertas conductas; la nulidad cumple otras funciones. Así, no tiene sentido decir que la exigencia de una determinada mayoría en el parlamento para aprobar válidamente una ley es una medida que trata de desalentar que los miembros del parlamento presenten proyectos de ley.
- c) Así como en las reglas que establecen obligaciones (como las de Derecho penal) podemos distinguir entre la conducta obligatoria o prohibida y la sanción (de manera que la regla podría seguir existiendo aunque no estableciera ninguna sanción), no pueden existir normas que confieren poderes sin referencia a la nulidad. No tendría sentido dictar una norma que

estableciera los requisitos para celebrar matrimonio si el matrimonio fuera válido en cualquier caso (aunque no se respetaran tales requisitos). En otras palabras: mientras la relación entre las normas que establecen obligaciones y la sanción no es una relación intrínseca (puede haber normas de este tipo sin sanciones), la relación entre normas que confieren poderes y la nulidad sí lo es (no puede haber normas de este tipo sin referencia a la validez o la nulidad de los actos jurídicos realizados).

### **3.2. La crítica de Hart al modelo de la "obediencia habitual".**

Como hemos visto, para Austin las normas jurídicas son mandatos del soberano, y el soberano es aquél que es obedecido habitualmente por la mayoría y no debe obediencia a nadie. Por tanto, el sistema jurídico descansa para este autor en el hecho de que la mayoría de los ciudadanos tiene el hábito de obedecer al soberano (esto es, obedece habitualmente al soberano). Hart critica esta manera de fundamentar el sistema alegando que no sirve para explicar dos rasgos usuales del Derecho: (1) la sucesión entre distintos soberanos y (2) la persistencia del Derecho tras el cambio de soberano. Veamos ambas críticas:

#### 3.2.1. La obediencia habitual y la sucesión de soberanos.

El argumento de Hart es el siguiente: Supongamos que hay una población que habita un determinado territorio en el que reina desde hace tiempo un monarca absoluto (por ejemplo, Rex I). Este monarca gobierna por medio de mandatos generales respaldados por la amenaza de una sanción por su incumplimiento. Es probable que los súbditos de este soberano adquieran poco a poco el hábito de obedecer sus órdenes, para evitar la sanción correspondiente. Pero este hábito surge a través del tiempo: la idea de "hábito" implica la idea de una reiteración de conductas a lo largo del tiempo. Supongamos ahora que Rex I muere y es sustituido por su hijo, Rex II. Rex II comienza a dictar mandatos generales respaldados por amenazas: ¿serán éstos obedecidos? El mero hecho de que Rex I fuera obedecido habitualmente por los ciudadanos no asegura que Rex II vaya a ser obedecido ahora. Con el tiempo, es posible que surja un nuevo hábito de obediencia a Rex II; pero, hasta entonces, ¿es soberano Rex II? ¿sus mandatos son normas jurídicas? ¿existe Derecho en esta situación? La teoría de Austin no permite explicar cómo es posible que la primera norma del

nuevo soberano sea ya Derecho (porque todavía no existe el hábito de obediencia al nuevo soberano). De acuerdo con la teoría de Austin, hasta que no surja el hábito de obediencia, nos encontramos en una situación de discontinuidad entre el Derecho de Rex I y el de Rex II (lo natural es pensar que existe alguna continuidad entre ambos ordenamientos jurídicos. Para explicar esta continuidad, se habla de "derecho a la sucesión". Pero este concepto -derecho a suceder- no se puede explicar en términos de órdenes y obediencia habitual, porque constituye algo así como un puente entre dos sistemas jurídicos que atraviesa un espacio en el que no ha surgido todavía el hábito de obediencia).

En resumen (la cita es del mismo Hart): "La idea de obediencia habitual fracasa de dos maneras diferentes, aunque relacionadas, para dar razón de la continuidad que se observa en todo sistema jurídico normal cuando un legislador sucede a otro. En primer lugar, los simples hábitos de obediencia frente a órdenes dadas por un legislador no pueden conferir al nuevo legislador ningún derecho a suceder al anterior y a dar órdenes en su reemplazo. En segundo lugar, la obediencia habitual al anterior legislador no puede por sí sola hacer probable que las órdenes del nuevo legislador sean obedecidas o fundar una presunción en tal sentido" (El concepto de Derecho, pág. 77).

### 3.2.2. La obediencia habitual y la persistencia del Derecho.

La crítica anterior puede resumirse diciendo que el modelo de Austin no explica cómo es posible que la primera norma de un nuevo soberano sea ya Derecho. Esta nueva crítica puede resumirse diciendo que el modelo de Austin tampoco explica cómo es posible que una norma creada por el soberano antiguo  siga siendo Derecho cuando este soberano desaparece y es sustituido por otro. En efecto, cuando Rex I es sustituido por Rex II, es presumible que la mayoría de las normas jurídicas que fueron creadas por Rex I no cambien y sean también válidas durante el reinado de Rex II (salvo aquellas que el nuevo monarca cambie explícitamente); sin embargo, no puede decirse que siga existiendo un hábito de obediencia a Rex I, porque éste ya ha desaparecido.

### 3.3. La crítica de Olivecrona.

Como hemos visto, Austin pretende explicar el Derecho a partir de la idea de soberano. Por su parte, Olivecrona -en un sentido semejante a Hart- señala que la definición de soberano no puede realizarse con independencia de la de Derecho. Para este autor el concepto de soberano de un Estado presupone la idea de Derecho y Estado, al menos por tres razones:

- a) En primer lugar, la persona que detenta el poder soberano -habitualmente obedecido por la comunidad- normalmente ha accedido a su puesto gracias a ciertas normas preestablecidas y de carácter constitucional.
- b) En segundo lugar, el ejercicio mismo del poder soberano está sometido a reglas de carácter constitucional.
- c) En tercer lugar, las mismas reglas constitucionales -de las que acaba dependiendo el soberano- presuponen otras reglas (mediante las cuales éstas han sido promulgadas).

Por todo ello, aunque Austin pretende definir el Derecho a partir del soberano (y al soberano con independencia del Derecho), lo que ocurre más bien es que el soberano no puede existir si previamente no existe el Derecho. Austin ha tratado de derivar el sistema jurídico de la voluntad del soberano o legislador, cuando en realidad el soberano o legislador es un operador del sistema jurídico preexistente.

## BENTHAM

Aunque Austin fue discípulo de Bentham, la Teoría del Derecho del primero está formulada de una manera más rotunda y completa, por lo que hemos empezado por ella. Bentham se preocupó menos de los problemas conceptuales del Derecho y más de los aspectos políticos y éticos que el mismo planteaba. Los principales puntos que hay que señalar en su obra son los siguientes:

- 1) Su concepto de Derecho.
- 2) Su distinción entre Ciencia ("jurisprudencia expositiva") y política del Derecho ("jurisprudencia censoria").
- 3) Su defensa de la codificación.

#### 4) Su crítica a las declaraciones de Derechos humanos.

Por lo que respecta al primero de estos puntos -el concepto de Derecho-, cabe decir que Bentham sostiene, análogamente a Austin, que el Derecho es un conjunto de órdenes o mandatos procedentes del legislador soberano (aunque su concepción del Derecho no es tan rígida como la de Austin, admitiendo tipos distintos de enunciados jurídicos). Dada la similitud de este concepto con el de Austin, me remito a lo dicho a propósito de aquél autor. Nos centraremos en los restantes puntos.

#### 1. Jurisprudencia expositiva y jurisprudencia censoria.

Para Bentham el jurista debe distinguir dos modos de acercarse al Derecho (totalmente análogos a los de Austin). El primer tipo de aproximación consiste en la descripción del Derecho tal como realmente es. A esta actividad la llamó "jurisprudencia expositiva" y su misión -al igual que para Austin- era el análisis y la definición de los conceptos jurídicos generales que comparten los ordenamientos jurídicos positivos. Fue su discípulo Austin quien desarrolló esta perspectiva. Bentham se centró en el segundo tipo de aproximación, a la que llamó "jurisprudencia censoria" o "arte de la legislación", cuya misión era la valoración y crítica del Derecho "que realmente es" desde el punto de vista utilitarista, para proponer el Derecho "que debe ser".

#### 2. Bentham y la codificación.

Bentham fue un ferviente defensor de la codificación, ya que compartía la creencia en la necesidad de racionalizar el Derecho, universalizándolo, haciéndolo más simple y tratando de aumentar la certeza jurídica de esta manera. Esta defensa de la codificación le llevó a criticar al *common law*, entrando así en una famosa polémica con Blackstone. Las características de la codificación tal como la defendía Bentham pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

a) El objetivo de la codificación debe ser limitar el poder de los jueces y racionalizar el Derecho. Para ello el código debe ser completo y sus normas deben ser claras, precisas e incluso motivadas (de manera que tanto ciudadanos como jueces pudieran darse cuenta de sus fines).

- b) Las normas del código debían llevar a la práctica el principio utilitarista de la mayor felicidad para la mayoría.
- c) Para ser realmente un cuerpo orgánico y simple, el código debía ser obra de una sola persona, elegida mediante concurso público y no retribuida.

Bentham mismo redactó tres proyectos de código (civil, penal y constitucional), aunque ninguno de ellos tuvo importancia práctica (pero sí influencia teórica en otros países).

### 3. Bentham y la crítica a los derechos humanos.

A pesar de ser partidario de la codificación, Bentham fue contrario a la ideología iusnaturalista que inspiró la mayoría de los códigos. Esta ideología, como vimos, se plasmó en los códigos en la creencia en su carácter pleno y coherente, por un lado, y en las declaraciones de derechos de las personas, por otro. Es este último punto el que Bentham critica, desde una perspectiva utilitarista. En realidad, no se trata de una crítica al contenido de los derechos humanos, sino más bien una crítica metodológica, esto es, una crítica a su presentación y fundamentación como derechos previos al ordenamiento jurídico positivo, que todas las personas tienen por el mero hecho de nacer y que se encuentran fundados en un Derecho natural.

Los iusnaturalistas sostenían las siguientes tesis sobre los derechos humanos:

- 1) Existe una ley natural que la razón universal de los hombres puede descubrir incluso con anterioridad a la formación de la sociedad (en el estado de naturaleza).
- 2) Esa ley confiere a los hombres en el estado de naturaleza unos derechos imprescriptibles: los derechos subjetivos naturales.
- 3) El origen del Estado es un pacto mediante el cual los gobiernos se obligan a respetar los derechos subjetivos de los particulares.

Bentham criticó estas afirmaciones punto por punto:

- 1) Para Bentham no existe una ley natural, ya que la razón no es una facultad innata del hombre. Lo único que hay de natural en el hombre es un conjunto de sentimientos e inclinaciones hacia la felicidad, que es preciso armonizar de acuerdo con el principio utilitarista de la mayor felicidad para la mayoría.

2) Para Bentham sólo es Derecho el conjunto de mandatos procedentes del soberano, por lo que no puede hablarse de derechos subjetivos al margen del Derecho positivo.

3) El origen del Estado no es un pacto, sino que el poder del Estado deriva del hecho de que éste detenta la mayor fuerza material. La obediencia a este poder no se justifica por un pacto, sino por el principio utilitarista: cuando el soberano deja de emitir leyes dirigidas a la mayor felicidad de la mayoría, entonces queda moralmente justificada la resistencia a ese poder.

Por todo ello, Bentham concluye que las declaraciones de derechos son:

1) Ilegítimas, pues al presentar los derechos como imprescriptibles e inmutables, trata de vincular la voluntad de las generaciones venideras, limitando su capacidad de decidir qué es lo justo o injusto.

2) Inútiles, porque tratan de limitar el poder sin lograrlo.

3) Peligrosas en su estilo, pues confunden lo que es con lo que debe ser: los hombres no son libres e iguales, como dicen las declaraciones, sino que deberían serlo.

### Bibliografía

- Manuel Atienza: Introducción al Derecho.

- Guido Fassó: Historia de la filosofía del Derecho, vol. III.

- John Finch: Introducción a la teoría del Derecho.

- H.L.A. Hart: El concepto de Derecho.

## SAVIGNY Y LA ESCUELA HISTORICA DEL DERECHO.

"¿Pasión o razón?" El romanticismo no duda en contestar: "Pasión". Consecuente con su condición de movimiento cultural que surge en el siglo XIX como una reacción frente al iluminismo o racionalismo del siglo anterior, el romanticismo exalta los sentimientos, la fe, las emociones, la sensibilidad, lo que hay en el hombre de irracional. Las pasiones nos arrebatan, nos resultan indomables; son ellas -y no la razón- quienes dirigen nuestro destino. Si la razón tiende a la universalidad (se presume que la racionalidad es la misma para todos, que nos permite conocer las leyes causales que rigen el universo y que a través de la razón los hombres pueden construir o descubrir un orden de convivencia adecuado para toda sociedad), la pasión es individual. La racionalidad abstrae y da una visión uniforme y global de las personas y las culturas. Las emociones, los sentimientos, por el contrario, parecen escapar a las generalizaciones: son singulares, siempre distintos. El romanticismo exalta lo individual y concreto frente a lo general y abstracto. Cada pueblo o cultura es singular y no puede ignorarse esa singularidad en nombre de una razón que borra las diferencias.

Dentro de este movimiento cultural surge un especial interés por la historia. Mientras el racionalismo renegaba de su pasado y pretendía reformarlo todo de acuerdo con la razón, los románticos encuentran en la historia de cada nación la explicación de su presente y los criterios de actuación para el futuro. En este ambiente cultural surge en la Alemania del siglo XIX la Escuela Histórica del Derecho, aportando una concepción "romántica" del Derecho (si tal cosa es posible) y una comprensión "histórica" del mismo.

### 1. La polémica Thibaut-Savigny.

La formulación de los principios de la Escuela Histórica del Derecho fue realizada por Savigny a propósito de una polémica con Antonio Federico Justo Thibaut acerca de la necesidad de un código civil para Alemania. La derrota de las tropas de Napoleón reforzó en Alemania -integrada por una pluralidad de pequeños Estados- un deseo de unificación nacional que tenía su reflejo en la necesidad de una unificación jurídica. Durante la ocupación francesa, se había impuesto el código de Napoleón en territorio alemán, pero tras la retirada francesa el Derecho vigente volvió a ser -en palabras de Thibaut- "un fárrago

inmenso de disposiciones contradictorias, opuestas y confusas, muy adecuadas para separar los alemanes unos de otros y hacer imposible un verdadero conocimiento del Derecho a los jueces y abogados". En este conglomerado de disposiciones jurídicas apenas tenía algún papel relevante el Derecho consuetudinario germánico, "enterrado" bajo el Derecho canónico y el Derecho romano. En 1814, Thibaut escribió una pequeña obra, Sobre la necesidad de un Derecho civil en Alemania, en la que sostenía la necesidad de elaborar un código civil que solucionara el panorama jurídico del país. Con un código sencillo, defiende Thibaut, desaparecerá el "fatídico espectro de la colisión de las leyes entre los diversos Estados, comarcas y ciudades alemanas", "nuestros jueces y abogados podrán tener ante sí en cada caso el Derecho vivo" y las Facultades de Derecho podrán formar a los estudiantes sobre un texto indudable, dejando de lado las especulaciones acerca de cuál es el Derecho aplicable.

La obra de Thibaut tuvo una enorme acogida. Detrás de ella se encontraba la ideología que alimentaba el movimiento codificador en toda Europa: muy especialmente la pretensión de poder ilimitado de la monarquía, la necesidad real de "poner orden" en el material jurídico y la creencia del iusnaturalismo de que el hombre puede por sí mismo, a través de la razón, descubrir las normas jurídicas adecuadas para la vida de una comunidad.

Contra este último punto en concreto se dirige la obra Sobre la vocación de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia jurídica de Savigny, publicada como respuesta a Thibaut (aunque madurada mucho antes), donde este autor expone por primera vez los principios de la Escuela Histórica del Derecho. El principal objetivo de esta Escuela, como se deduce de este escrito, es la inserción del Derecho en la historia, esto es, su comprensión como una creación de las distintas comunidades a lo largo de la historia dotado de una necesidad interna (cada comunidad histórica ha creado el Derecho que necesita, como ha creado el lenguaje que requiere), por lo que el legislador no puede imponer un Derecho nuevo sin contar con el Derecho histórico ni paralizar su evolución "petrificándolo" en un código. Para Savigny el Derecho es algo propio de cada pueblo -como el idioma, las tradiciones o la organización política-, y su origen no es ni accidental ni arbitrario. El pueblo es entendido como algo por encima de sus miembros, algo más que la mera suma de todos ellos, que tiene sus propias leyes que rigen su evolución. Del pueblo así entendido surge el Derecho.

El pensamiento de Savigny y de la Escuela Histórica del Derecho se fundamenta en una especial concepción de la historia. Sin comprender esta concepción, probablemente no se entiende ni su oposición a la codificación (o, más exactamente, a la ideología de la codificación), ni sus tesis concretas acerca de las fuentes del Derecho y el papel de la ciencia jurídica.

## 2. La concepción de la historia de la Escuela Histórica del Derecho.

Para Savigny hay dos maneras de entender la relación entre el pasado y el presente:

a) Para la concepción "ahistórica" cada época crea libremente por sí misma su "mundo" particular (social, cultural, político, científico, etc.), con mayor o menor fortuna en función de sus propios medios; el interés de la historia es simplemente el interés de una serie de ejemplos que no es imprescindible tener en cuenta. En el ámbito del Derecho, esta concepción se traduce en la creencia de que el Derecho positivo es el que proviene del legislador o soberano de cada momento histórico.

b) Para la concepción histórica, por el contrario -en palabras de Savigny- "no hay una existencia humana totalmente singular y aislada, sino que lo que parece singular es, más bien, considerado desde otro lado, miembro de un todo superior. Todo hombre singular tiene que ser pensado, por eso, a la vez y necesariamente, como miembro de una familia, de un pueblo, de un Estado, de cada una de las épocas de un pueblo como continuación y desarrollo de todos los tiempos pasados... Lo cual significa que ninguna época crea de por sí y arbitrariamente su mundo, sino que lo hace siempre en continuidad indisoluble con todo el pasado". En este pasaje quedan claros dos aspectos centrales del pensamiento de Savigny y la Escuela Histórica: en primer lugar, la atención por lo singular propia del romanticismo se desplaza del individuo al "pueblo"; en segundo lugar, el pueblo y el Estado están inmersos en la corriente de la historia y no pueden comprenderse aislándolos de esta corriente. Por ello para la concepción histórica la relación entre el pasado y el presente se articula de tal manera que cada momento del presente es continuación y desarrollo del pasado. Ninguna época se construye a sí misma, sino que es el resultado de todas las épocas anteriores, de las que heredamos lo bueno y lo malo: resulta "completamente imposible -dice Savigny- rechazar lo existente, que nos domina de una manera fatal, de suerte que, aunque podamos hacernos

ilusiones sobre ello, no podemos variarlo". Consecuencia de esta concepción acerca de la historia es que para comprender cualquier fenómeno social es necesario hacerlo desde una perspectiva histórica. El método de conocimiento pasa por el estudio de la historia.

La noción de "pueblo", entendida como una entidad que es cualitativamente distinta de la suma de cada uno de sus miembros, es una de las nociones centrales de esta concepción. El "pueblo" se identifica casi con una entidad metafísica: en ocasiones, más o menos metafóricamente, se le considera un órgano dotado de vida propia. Quizá el referente más cercano de una noción de pueblo con rasgos semejantes a éste lo encontramos en ciertas ideologías nacionalistas, que hablan incluso de "los derechos (en sentido subjetivo) de los pueblos". En estas acepciones, el pueblo incluye el pasado, la lengua, la cultura, el Derecho, las costumbres y tradiciones. Todo ello lo diferencia de otros pueblos y le confiere unidad. Cada obra cultural, sea artística, filosófica, política, etc., no es en realidad obra de un solo individuo, sino obra y patrimonio del "pueblo". A esta fuerza creadora y expresiva del pueblo los románticos y miembros de la Escuela Histórica la denominan "la conciencia común del pueblo", "el espíritu del pueblo", el "Volkgeist".

### 3. La concepción del Derecho de la Escuela Histórica.

#### **3.1. El carácter histórico del Derecho.**

El Derecho, de acuerdo con todo lo anterior, tiene que considerarse como un producto de la actividad creadora del pueblo a lo largo de la historia. El contenido del Derecho está dado por todo el pasado del pueblo. Para la Escuela Histórica, el Derecho no es creado por los individuos (a diferencia de lo que afirman los racionalistas), sino por el "espíritu del pueblo". La comparación con el lenguaje es la que puede hacer más inteligible esta afirmación: De la misma manera que el lenguaje crece y se desarrolla lentamente a lo largo de las generaciones, el Derecho crece y se desarrolla con el pueblo, "y muere finalmente cuando el pueblo pierde su propia individualidad". Y tan vano es querer inventar un lenguaje "como pretender que el hombre pueda, valiéndose de su razón unilateral, encontrar un Derecho que se extienda tan suave y vivo como el Derecho nacido en el propio suelo".

### 3.2. Las fuentes del Derecho.

Para la Escuela Histórica las normas jurídicas son aquellas que son reconocidas como tales por la conciencia popular. Por ello, las fuentes del Derecho no son modos de creación del Derecho, sino modos de exteriorización de la conciencia del pueblo. Estas fuentes o formas de manifestación del Derecho son, para la Escuela Histórica, el Derecho consuetudinario, la ley y el Derecho de los juristas o Derecho científico:

a) El Derecho consuetudinario o Derecho popular es la forma más directa de manifestación del Derecho. El Derecho consuetudinario es el que se nos presenta en la manera peculiar como los miembros de un pueblo repetidamente solucionan un determinado problema. Hay que señalar que no se trata de la repetición de actos por parte de individuos aislados, sino que se trata de un fenómeno colectivo. Además, esta repetición de actos no es la que origina la norma consuetudinaria, sino sólo la manifestación de la existencia anterior de tal norma en la conciencia del pueblo.

b) Aunque parezca una paradoja, la segunda fuente del Derecho reconocida por Savigny y la Escuela Histórica es la ley. La paradoja se disuelve porque para la Escuela histórica la ley no debe ser la expresión de la voluntad del legislador, que crea de esta manera el Derecho, sino otra forma de manifestación de la conciencia del pueblo. Para que la ley sea Derecho, el legislador no debe innovar al margen del pueblo, sino que debe limitarse a dar forma legal a una convicción jurídica ya existente o bien ayudar a nacer a una convicción en trance de constituirse. El Derecho surgido directamente del pueblo puede contener dudas y ambigüedades, o puede dejar indeterminados plazos, requisitos o consecuencias jurídicas; en estos casos la ley debe acudir "en ayuda de la costumbre eliminando dudas e imprecisiones, sacando a luz y manteniendo en su pureza al Derecho real, la verdadera voluntad del pueblo".

c) La tercera fuente del Derecho es el Derecho de los juristas o "Derecho científico": con el aumento de complejidad del Derecho se hace necesario la actividad de los juristas para presentarlo de una manera sistemática. De esta manera, a la procedencia popular del Derecho (lo que Savigny llamaba el "elemento político" del Derecho) se superponen las elaboraciones que los juristas hacen a partir del mismo (lo que Savigny llamaba el "elemento técnico" del Derecho). Nos ocuparemos de la función y el método de la ciencia del Derecho de la Escuela Histórica en el siguiente apartado.

#### 4. La concepción de la ciencia del Derecho en la Escuela Histórica. Método histórico y método sistemático en Savigny.

##### **4.1. Necesidad y función de la ciencia del Derecho.**

Savigny explica la función y la necesidad de una ciencia del Derecho como una consecuencia de la complejidad que el Derecho ha alcanzado a lo largo de la historia. Si el Derecho comenzó siendo "en la infancia del pueblo" simplemente una serie de actos simbólicos que marcaban el comienzo o la extinción de una relación jurídica, sin que fuera necesario su concreción en normas o principios, con la ampliación de las relaciones y necesidades sociales y el contacto con otros pueblos, se produce una multiplicación de las normas hasta proporciones que hacen imposible que el pueblo pueda conocer su propio Derecho. Es necesario que surja entonces una profesión especializada en el estudio del Derecho, con la misión de extraer sus principios básicos y mostrar su estructura.

De esta manera, la solución de la Escuela Histórica al problema que plantea la caótica situación del Derecho en Alemania, no es la codificación, que significaría el entorpecimiento del normal desarrollo del Derecho, sino la labor de los científicos del Derecho. La función de la ciencia jurídica no debe limitarse a compilar el material jurídico, sino que es una función activa, porque debe sistematizar y expresar de modo científico el Derecho existente. Así, el Derecho histórico, es convertido en sistema, o Derecho científico. Pero además, en esta labor de presentación de una forma clara, sistemática y ordenada, los juristas sacan a la luz consecuencias y deducciones a partir de las normas consuetudinarias y del legislador, pero que no se encontraban explícitas. De esta manera, los juristas tienen una función no solo descriptiva, sino también prescriptiva. Ahora bien, Savigny deja claro que esta función de elaboración del Derecho científico sólo es legítima en la medida en que los juristas sacan a la luz los principios del Derecho del pueblo: las normas jurídicas no son parte del Derecho por convicción de los juristas, sino por convicción del pueblo.

##### **4.2. Método histórico y método sistemático.**

Nos encontramos por tanto con la convivencia de dos métodos distintos de la ciencia jurídica -tal como la concibe la Escuela Histórica- en su tarea de determinar cuál es el Derecho vigente:

a) El primero es el método histórico, que es una fase dirigida a determinar las normas jurídicas vigentes estudiando su presencia y evolución a través de la historia. Esta fase asegura que todas las normas y conceptos jurídicos procedan de la experiencia histórica; quedan de lado, por tanto, todos los conceptos a priori fundados exclusivamente en la razón. El método histórico implica, por tanto, los siguientes postulados:

1) Empirismo: el Derecho se presenta como algo externo, real, dado; su conocimiento se deriva de la experiencia. No existen conceptos jurídicos independientes de la experiencia.

2) Determinismo: la concepción de la historia que sustenta a esta corriente y al método histórico se basa en la creencia de que todo acontecimiento está relacionado con un acontecimiento anterior, de manera que el Derecho de cada época está necesariamente determinado por el Derecho de las épocas anteriores.

3) Irracionalismo: Es inútil criticar al Derecho tal como se nos aparece; ni su procedencia es la razón humana, ni la razón puede cambiarlo.

b) El segundo es el método sistemático, que consiste en, tras un análisis de los conceptos que aparecen en las normas determinadas de acuerdo con la primera fase, establecer las relaciones entre estos conceptos (si son complementarios, opuestos, el uno subsumible en el otro, todos agrupables bajo un concepto más amplio, etc.), presentándolos de una manera sistemática y sencilla (con lo cual, este segundo método coincide en lo fundamental con lo propuesto por Austin en su jurisprudencia analítica).

#### **4.3. La interpretación en la Escuela Histórica.**

El método de interpretación propuesto por Savigny y sus seguidores implica un cambio respecto al método propio de los juristas racionalistas. Puesto que éstos últimos consideraban que el Derecho era creación del legislador, el proceso de interpretación debía consistir (como vimos a propósito de la Escuela de la Exégesis) en la busca de la intención del legislador, tratando de reconstruirla a partir del texto literal y del contexto en el que las

normas se encontrara en el sistema jurídico. Para Savigny, por el contrario, la interpretación debe revestir los siguientes caracteres:

a) Se trata de una de las fases fundamentales en el proceso por el cual el Derecho del pueblo se transforma en Derecho científico, esto es, una de las fases por las que la ciencia del Derecho lo percibe y lo elabora en su forma más precisa.

b) La interpretación es un paso necesario para cualquier norma. Savigny rechaza la máxima "in claris non fit interpretatio". La interpretación no es una operación limitada a los casos de obscuridad de la ley, sino que es indispensable siempre para la aplicación de la ley a la vida real. No hay que confundir facilidad o dificultad con procedencia o improcedencia.

c) La interpretación de las leyes aisladas unas de otras debe distinguirse de la interpretación de las leyes en su conjunto. La interpretación de una ley aislada debe consistir en la determinación de la intención del legislador, pero sólo en la medida en que el legislador ha dado expresión a un Derecho popular ya existente. Para determinar esta intención, Savigny señala que existen cuatro elementos (no se trata de cuatro tipos distintos de interpretación, sino de fases o aspectos de la misma): gramatical, por el que se fija el sentido de las palabras utilizadas para comunicar la intención del legislador; lógico, por el que se descompone la norma en unidades más simples que deben analizarse; histórico, por el que el jurista se adentra en la situación jurídica existente en el momento en que la ley fue dictada y determina sus efectos, de forma que acabe comprendiéndola; y sistemático, que consiste en establecer los vínculos entre las reglas jurídicas dentro de la ley y en encuadrar a la ley dentro del marco general del Derecho.

d) La interpretación no sólo hay que realizarla respecto a una ley aislada de las otras, sino también respecto a todas las leyes en su conjunto. Esta perspectiva puede mostrar que existen lagunas en el Derecho. Estas lagunas pueden ser completadas gracias al carácter orgánico del Derecho, por medio del recurso a la analogía.

## 5. Un balance.

a) En definitiva, para la Escuela Histórica el Derecho es un conjunto de normas que son creadas por la conciencia popular a través de la historia. La validez de estas normas, esto es, el criterio de pertenencia y de obligatoriedad de las mismas, es la convicción de esa

conciencia popular de su carácter jurídico. La costumbre, la ley y el Derecho creado por los juristas sólo son manifestaciones de este Derecho "que vive en el pueblo". Es esa conexión con el pueblo lo que le otorga unidad a todo el Derecho. El Derecho no constituye de por sí un sistema, pero la ciencia del Derecho debe construir a partir del conjunto de normas un sistema de conceptos jurídicos que presente de forma ordenada al Derecho y saque a la luz las conclusiones que puedan derivarse lógicamente de él. El objeto de esa ciencia del Derecho, por tanto, debe ser el Derecho positivo, entendiendo por tal aquél que tiene su origen en el pueblo y la historia. La función es doble: expositiva (presentar todo el Derecho de forma accesible), por un lado, y productiva (dar luz a las consecuencias no explícitas del mismo), por otro. El método también es doble: la adopción de una perspectiva histórica y la elaboración de conceptos y construcción de un sistema a partir del material obtenido por medio del estudio histórico.

b) Consecuentemente con estas tesis, la Escuela Histórica es contraria a la codificación y al Derecho natural. A la primera porque representaría la cristalización de un Derecho cuya naturaleza le impulsa a un constante cambio. Al segundo, porque el Derecho, debido a ese constante fluir a través de la historia, no puede considerarse inmutable y universal, sino dependiente de los hechos particulares de cada pueblo o nación. Su éxito en uno y otro caso es distinto: no lograron impedir la codificación, pero sí dieron el "toque de gracia final" - aunque sólo por el momento- al iusnaturalismo.

c) Una de las críticas que se le ha hecho a la Escuela Histórica es su carácter inmovilista y conservador. Se le ha tachado de "quietismo", "pasividad", "renuncia a la acción", "resignación histórica", etc. En general, se ha escrito que el movimiento romántico e historicista surgió como necesidad de frenar el avance que las ideas de la Revolución Francesa había tenido en las capas populares rurales y urbanas: una vez hundido el edificio social del feudalismo, se buscó las bases de un nuevo edificio social en el fortalecimiento de la idea de nación o pueblo.

d) Otra crítica que se ha dirigido contra esta Escuela es la desarmonía entre sus pretensiones y sus resultados. En lugar de insertar al Derecho en la historia, como pretendían estos juristas, su labor se centró más bien en el estudio del Derecho romano y en la elaboración del Derecho científico o sistemático a partir de él. Esta última labor, a la que se dedicaron con

entusiasmo estos juristas -y que es conocida en ocasiones como la "pandectística" alemana- se pierde en formalismos y abstracciones que contrastan con la idea de un Derecho vivo, concreto y popular. Por ello puede decirse que la Escuela Histórica sube el primer peldaño (y la ascensión será continuada por los pandectistas y culminada por Ihering) hacia lo que podría llamarse el "formalismo conceptual".

e) No obstante, no se puede negar que con Savigny -y con su contraposición entre historia y sistema- se ponen los cimientos de lo que definitivamente se consolidará como el método tradicional de la ciencia jurídica. Hernández Gil describe en el siguiente párrafo la labor que debe realizar un jurista teórico a partir de Savigny (labor que tendrá su formulación más precisa y mayor apogeo con Ihering):

"Se elige una institución jurídica. Se determina su origen más remoto; se sigue paso a paso el curso de su evolución, procurando fijar sus perfiles y mutaciones, así como la pureza de las fuentes que nos la revelan. Se deslinda el elemento romano y el elemento germánico. Se agotan las opiniones de la doctrina, criticándolas, señalando sus errores y sus aciertos, poniendo de relieve la dominante, y acaso se elige una como verdadera. El concepto provisional del que se partió -o mejor, la idea- se transforma en un concepto definitivo, y éste se encierra en una definición precisa. Pero la institución no es planta aislada; se integra en un todo orgánico, en un sistema; es sólo pieza o átomo dentro del gran conjunto. Es necesario entonces señalar su engarce, su punto de contacto con aquél, el lugar que ocupa y a través de qué principio o concepto más general se pone en relación con el sistema. He aquí el importante problema de la naturaleza jurídica. ¿Es un derecho real? ¿De qué especie? ¿De qué subespecie? ¿Lo fue siempre? ¿Se cumplen en la institución en examen todos los requisitos que el concepto de derecho real entraña? ¿Hay excepciones? Es posible que lo que hemos venido considerando como una institución jurídica con sustantividad propia no sea sino un aspecto o modalidad de otra. O es posible, en cambio, que se resuelva en varias. Admitamos el postulado más simple: se trata, en efecto, de una institución jurídica. Pero tal vez no aparezca suficientemente delimitada. Acaso se confunda con otras; se impone, pues, insistir en la delimitación, resaltar las diferencias, aquilatar más y más el concepto por esta vía negativa e indirecta. Con ello se niega la identidad y se afirma la sustantividad, lo cual no es oponerse a las analogías; por algo hay un sistema. Ya sabemos, pues, el origen, desarrollo, concepto, naturaleza jurídica y diferencias de la institución de que se trate. Este es un primer resultado. Mas si el estudio ha de ser completo, ha de proseguirse. Hay que penetrar en la entraña misma de la institución; ésta tiene un contenido; no es un elemento simple. Se compone de un determinado número de relaciones jurídicas, que han de completarse en sus detalles, delimitarlas, ponerlas en relación con el conjunto de la institución en que se integran, del mismo modo que ésta se integra en el sistema. Se determinan los elementos subjetivos y objetivos; la forma, si es del caso. Y luego ha de considerarse la institución de que se trate en su aspecto dinámico; ha de seguirse la curva de su vida: nacimiento y adquisición, modificación, pérdida y extinción. Es posible que en el decurso de toda esta labor falten disposiciones

jurídicas concretas, si bien de una parte la analogía y de otra la naturaleza jurídica, serán instrumentos poderosos para explicar aquellas consecuencias jurídicas que no resulten de una manera directa".

### Bibliografía

- Manuel Atienza: Introducción al Derecho.
- Guido Fassó: Historia de la filosofía del Derecho, vol. III.
- Felipe González Vicén: De Kant a Marx (Estudios de Historia de las Ideas).
- Antonio Hernández Gil: Metodología de la ciencia del Derecho.
- Luis Legaz y Lacambra: Filosofía del Derecho.

## IHERING

Rudof von Ihering es probablemente una de las personalidades más ricas y complejas de la historia de la Filosofía del Derecho. Esta personalidad se manifiesta especialmente en el hecho de que fue capaz de constituirse, por un lado, en fundador de una de las direcciones metodológicas más influyentes entre los juristas de su tiempo y de hoy; por otro lado, en el principal, más agudo, feroz e irónico de los críticos contra esta misma dirección. Este tema es por ello la exposición de "los dos Ihering": el "primer Ihering", fundador de la jurisprudencia de conceptos, y el "segundo Ihering", líder de la revuelta contra el formalismo.

### 1. El primer Ihering y la jurisprudencia de conceptos.

#### **1.1. Antecedentes. Los pandectistas.**

Hemos visto que por influencia del método de la Escuela Histórica del Derecho (que trata de conjuntar el método histórico con la elaboración de sistemas a partir de los conceptos jurídicos) surgió en Alemania una corriente metodológica -la pandectística- que puso su empeño principal en la elaboración de conceptos jurídicos y sistemas abstractos. La labor de la ciencia del Derecho era la de analizar el ordenamiento jurídico positivo, estudiando los materiales (las normas) aportados por él y elaborando, mediante procedimientos lógicos, un sistema.

Obsérvese que esto implica cierto cambio de énfasis: Los juristas de la Escuela de la Exégesis ponían el acento en el Derecho creado directamente por el legislador (el código) y atribuían a este conjunto de normas un carácter sistemático (carencia de lagunas y de contradicciones). Los juristas teóricos tenían un escaso "margen de maniobra" en el análisis de estos sistemas normativos, limitándose a poco más que describirlos. A esta concepción del Derecho y de la actividad de los juristas teóricos se le ha llamado "formalismo legal". Los pandectistas, por el contrario, ponen el acento en las elaboraciones de los científicos del Derecho: lo que les interesa es el Derecho científico, esto es, los sistemas de conceptos creados por los juristas, y sólo se interesan por las normas procedentes del legislador (o de la costumbre) en la medida en que proporcionan el material necesario para construir tales sistemas. Este desplazamiento del énfasis hace que para estos juristas el Derecho no sea tanto

el conjunto de normas de procedencia legislativa o consuetudinaria como el producto del análisis y las elaboraciones que los juristas teóricos realizan a partir de ese conjunto de normas. Y es de este producto (y no del conjunto de normas inicial) del que se predica el carácter de sistema (que se entiende ahora no como carencia de lagunas y contradicciones normativas, sino como un conjunto de categorías y conceptos que son aplicables a cualquier ordenamiento jurídico y que se ordenan de acuerdo con ciertos criterios "lógicos" que permiten ver las relaciones que existen entre ellos: de semejanza, de oposición, de mayor a menor abstracción, etc.). Esta concepción se ha llamado en ocasiones "formalismo conceptual". Quizá surge ahora cierta ambigüedad a la hora de entender el Derecho: "Derecho" significa tanto (1) el conjunto de materiales de los que parten los científicos del Derecho como (2) el resultado de su actividad. Para deshacer esta ambigüedad podría hablarse de Derecho científico para hacer referencia a (2), pero estos juristas no siempre hicieron tal distinción, lo que es fuente de muchas confusiones.

Dentro de esta corriente, el principal mérito de Ihering es el de no haberse limitado a aplicar más o menos mecánicamente el método de estos juristas, sino que además trató de describirlo y formular sus fases y reglas metodológicas, fundando así la jurisprudencia de conceptos, que es la principal exponente de lo que hemos llamado el formalismo conceptual.

## **1.2. El método de la jurisprudencia de conceptos: "simplificación cuantitativa" y "simplificación cualitativa".**

De acuerdo con lo anterior, Ihering describió cuál es el método que los juristas deben utilizar para construir el "Derecho científico" (el sistema como conjunto de conceptos) a partir de "los materiales jurídicos". El punto de partida del pensamiento del "primer Ihering" es su concepción del estudio del Derecho como patrimonio exclusivo de los juristas. La ciencia del Derecho es una actividad que sólo los juristas con los conocimientos y las aptitudes necesarias pueden realizar: "En cuanto a los juristas -escribe- que participan y ayudan a propalar la idea ilusoria de un derecho popular accesible a cualquier individuo de la ciudad o del campo, y que dicen que la sociedad puede pasarse sin los conocimientos de los jurisconsultos, no puedo aconsejarles sino que se metan a zapateros o a sastres. Botas y

vestidos les enseñarán lo que la jurisprudencia no les hizo aprender, y se convencerán de que el arte más humilde tiene también su parte de técnica".

Lo que caracteriza al jurista es el dominio de un método y una técnica determinados. Este método y esta técnica no dependen del mayor o menor número de leyes que tenga el Derecho, ni del contenido de estas leyes, que son elementos accidentales. Más bien puede decirse que, dadas las características intrínsecas y la naturaleza del Derecho, tal método es especialmente adecuado para el conocimiento del mismo. Esta conexión con la naturaleza del Derecho, y no con sus circunstancias accidentales, es lo que asegura que la ciencia del Derecho es realmente una ciencia. El jurista no sólo conoce el contenido de un determinado ordenamiento jurídico, sino también un saber más general: el método para analizar cualquier ordenamiento y las categorías comunes a cualquier Derecho.

Para Ihering, este método puede resumirse en dos fórmulas: "simplificación cuantitativa" (que es una fase de selección y ordenación de los materiales jurídicos) y "simplificación cualitativa" (que es propiamente la fase de construcción del sistema). Veámoslas:

a) La "simplificación cuantitativa" es la técnica de selección del material jurídico (las normas y los conceptos jurídicos), y debe realizarse de acuerdo con un principio de economía, esto es, de manera que este material no sea redundante. Recuérdese que los juristas pueden encontrarse con una variedad de normas legislativas o consuetudinarias que pueden ser total o parcialmente repetitivas, de manera que tienen que realizar una labor de simplificación de este conjunto de normas y los conceptos que en ellas aparecen. Las fases de la "simplificación cuantitativa", de acuerdo con Ihering, son las siguientes:

- Análisis de la materia: Se trata de la fase en que se han de aislar los distintos elementos conceptuales que integran el Derecho. Para Ihering, de la misma manera que es posible aislar los distintos elementos que integran un lenguaje (por ejemplo, el alfabeto), es también posible (aunque la dificultad sea mucho mayor) aislar los conceptos que integran el Derecho. De esta manera, aunque las reglas jurídicas pueden ser muy variadas, en opinión de Ihering no son más que diferentes formas de combinar esos conceptos simples. Estos conceptos del Derecho pueden ser de dos tipos: generales o particulares. Los conceptos generales son

aquellos que no tienen sentido por sí solos (o existencia independiente, como diría Ihering); el error o la nulidad, por ejemplo, no tienen sentido si se separan del contrato o el acto jurídico que ha sido realizado por error o que es nulo. Dicho en otros términos: el error es siempre error sobre algo, y la nulidad es siempre nulidad de algo. Los conceptos particulares (como la compraventa, el testamento, la servidumbre de paso, etc.), por el contrario, sí tienen sentido y pueden entenderse por sí solos. Por ello se ha dicho que mientras los conceptos generales son como las consonantes (que no pueden formar palabras por sí solas), los conceptos particulares son como las vocales (que sí pueden formar palabras por sí solas). Los conceptos generales han de unirse a estos conceptos particulares para tener sentido. Pues bien, la fase de análisis que deben realizar los juristas consiste en (1) separar los conceptos generales de los particulares y (2) separar cada concepto de los demás.

- Concentración lógica: Una vez que tenemos aislados los distintos elementos conceptuales del Derecho, debemos encontrar el principio que está detrás de los conceptos. Así, conceptos o instituciones como la reclamación por vicio del consentimiento, el error o algunos tipos de nulidad, etc., responden al principio de la autonomía de la voluntad. Para Ihering, siempre es posible encontrar un principio que explica la existencia de cada concepto. Cuando varios conceptos se explican por un mismo principio, este principio nos permite reagruparlos (en esto consiste la "concentración lógica").

- Orden sistemático: consiste en la clasificación de los elementos conceptuales en las categorías correspondientes (esto es, encontrar su naturaleza jurídica). Para Ihering, aquél que coloca un elemento en una categoría equivocada está afirmando algo falso, y esta equivocación puede generar muchas otras (con esto, Ihering incurre en el esencialismo lingüístico).

- Terminología jurídica: En esta fase se trata de dar un nombre apropiado a la idea o conjunto de conceptos al que hemos llegado.

b) Una vez concluidas las anteriores fases, el jurista debe proceder a la "simplificación cualitativa" del Derecho, que es propiamente la fase constructiva. Se trata de un proceso por el cual, mediante la combinación de los elementos obtenidos en la fase de simplificación cuantitativa y su ordenación en un sistema, se obtienen nuevos conceptos, más abstractos,

que permiten derivar nuevas soluciones y consecuencias jurídicas. Este proceso de construcción del sistema (que equivaldría a lo que hoy llamaríamos el proceso de construcción de teorías jurídicas generales por parte de la doctrina) se ha de regir por las siguientes "leyes":

- La construcción doctrinal debe aplicarse al Derecho positivo, respetando su contenido (en realidad, salvo por esta característica, el método de la jurisprudencia de conceptos es muy semejante al de los iusnaturalistas racionalistas, que operaban en cambio sobre el Derecho natural).
- Las construcciones de la doctrina deben tener una unidad sistemática (falta de contradicción entre sus afirmaciones).
- "Ley de la belleza jurídica": las elaboraciones de la doctrina deben ser claras y simples y tener una exposición elegante.

Una vez que se han realizado todas las operaciones anteriores, el resultado es el sistema. El sistema permite la exposición más rápida y concentrada de un ordenamiento jurídico y saca a la luz nuevas soluciones y normas (pero sólo las "saca a la luz", esto es, se considera que ya estaban incluidas en el Derecho. De esta manera, se presenta la labor del jurista como si en última instancia sólo fuera una labor descriptiva, y no directamente productor de nuevas normas).

## 2. El "segundo Ihering" y la revuelta contra el formalismo.

### **2.1. La revuelta contra el formalismo.**

Desde la Escuela de la Exégesis hasta Ihering hemos podido observar cómo se ha ido gestando una concepción del Derecho y de la ciencia jurídica que se caracteriza por tratar de importar al ámbito jurídico los métodos propios de las ciencias formales y deductivas (como la lógica). Esta concepción suele denominarse "formalismo". La labor de la ciencia jurídica formalista consiste en organizar lógicamente y sistemáticamente las normas jurídicas para facilitar así su aplicación. De esta manera, el proceso de aplicación del Derecho aparece como una operación también lógica o deductiva. En el formalismo, no cabe considerar los aspectos éticos, sociológicos o psicológicos de las normas.

Esta caracterización general esconde en realidad tres tipos distintos de formalismo:

a) Formalismo legal: Se habla de formalismo legal para designar a la dirección de pensamiento que tiene sus orígenes en la ideología del iusnaturalismo racionalista y de la revolución francesa. Para estos juristas el Derecho está constituido exclusivamente por la ley, que es un producto de la razón y de la voluntad popular; el ordenamiento jurídico carece de lagunas y contradicciones (constituye un sistema de normas); los jueces tienen una función meramente declarativa (no crean Derecho); y los científicos del Derecho deben limitarse a describir el ordenamiento jurídico y exponerlo de una manera clara. El mejor ejemplo del formalismo legal lo encontramos en la Escuela de la Exégesis.

b) Formalismo conceptual: Con este nombre se hace referencia a la dirección de pensamiento que tiene su origen en la Escuela Histórica y la pandectística alemana y que suele hacer coincidir el Derecho con el Derecho elaborado por los científicos del Derecho. La labor de éstos es construir un sistema de conceptos (el Derecho científico) a partir de los materiales jurídicos. Como hemos visto, fue la Jurisprudencia de conceptos quien llevó al máximo extremo el formalismo conceptual.

c) Formalismo jurisprudencial: Es una corriente de pensamiento que floreció en América a principios de este siglo de acuerdo con la cual el estudio y la enseñanza del Derecho tenían que realizarse a partir de una selección de casos judiciales particularmente importantes a los que se les atribuía carácter normativo y de los cuales podían extraerse las soluciones a nuevos casos. Volveremos sobre el formalismo jurisprudencial en el tema 8.

El fenómeno que se conoce como revuelta contra el formalismo es la reacción de muchos juristas contra los excesos a los que había dado lugar el formalismo. Por ejemplo, en Francia, François Geny, quien protagonizó la revuelta contra el formalismo legal, sostuvo a lo largo de sus obras que la Escuela de la Exégesis había incurrido en un "fetichismo de la ley" y que el método formal y lógico era insuficiente para satisfacer las exigencias de la vida jurídica; afirmó que los ordenamientos jurídicos presentaban lagunas que debían resolverse recurriendo a la investigación libre (no sujeta a reglas formales) de los datos de la realidad (por ejemplo, las necesidades de una sociedad), para lo que era necesario recurrir a ciencias como la sociología. Como veremos en el próximo tema, el realismo jurídico americano protagonizó la revuelta contra el formalismo jurisprudencial. Por su parte, fue el propio

Ihering -el "segundo Ihering"- el principal representante de la revuelta contra el formalismo conceptual.

## 2.2. El "segundo Ihering".

"Aunque en mi juventud -escribe Ihering- fui entusiasta partidario de la tendencia formalista, poco a poco me he convencido de su falsedad y, al fin, no he cesado un momento en combatirla". El paso de Ihering de una a otra concepción de la ciencia del Derecho no fue abrupta, sino que puede seguirse su evolución hacia posiciones menos formalistas: por ejemplo, aunque los primeros tomos de su Espíritu del Derecho romano eran de clara orientación formalista, en el tomo IV ya escribe que "el culto a la lógica que pretende hacer de la jurisprudencia una matemática del Derecho, es un error que descansa en el desconocimiento de la naturaleza del Derecho". La principal de sus obras de este periodo es El fin en el Derecho. El título de la obra ya es significativo de la nueva dirección que ha tomado Ihering. Sus principales notas características serían las siguientes:

- a) El "segundo Ihering" pone el acento en el aspecto funcional del Derecho, esto es, se cuestiona para qué sirve el Derecho. Y su respuesta es que el Derecho ha de entenderse como una forma de garantizar las condiciones de vida de la sociedad. Esto implica que cada institución debe verse como un medio para alcanzar un fin que le interesa a la sociedad.
- b) En lugar de construir conceptos abstractos, el jurista teórico debe "descender del cielo de los conceptos" y estudiar el fin que persiguen las instituciones y reglas jurídicas.
- c) Para realizar la tarea anterior, en lugar de abstenerse de consideraciones que no sean puramente jurídicas y lógicas (como dirían los formalistas), los juristas deben realizar investigaciones que guardan una estrecha conexión con las investigaciones propias de la sociología.
- d) Al ver las reglas y los conceptos a la luz de sus fines, se muestra que no existen reglas jurídicas que puedan considerarse absolutamente verdaderas: "Hay reglas de Derecho -escribe- admitidas por todas las naciones. Mas aun éstas no deben calificarse de verdades jurídicas absolutas. No son más que los resultados de la experiencia aplicada a la realización de ciertos fines". El Derecho puede variar de un ordenamiento a otro en función de los fines que se persiguen y de los medios más adecuados para alcanzarlos.

e) Ihering tuvo en cuenta el utilitarismo de Bentham para diseñar una teoría de la interpretación y de la aplicación del Derecho que tuviera en cuenta las consecuencias jurídicas de estas actividades.

### Bibliografía

- Manuel Atienza: Introducción al Derecho.
- Guido Fassó: Historia de la filosofía del Derecho, Vol. 3.
- Antonio Hernández Gil: Metodología de la ciencia del Derecho.
- Renato Treves: Introducción a la sociología del Derecho.

## EL REALISMO JURIDICO AMERICANO

Resulta paradójico que la revuelta contra el formalismo haya tenido su manifestación más virulenta en Estados Unidos, esto es, precisamente en un país donde el formalismo jurídico tuvo una crudeza bastante menor que en Europa. La menor incidencia del formalismo en EE.UU. se explica porque el Derecho americano es un Derecho casuístico (más aún que el inglés), cuya principal fuente no es la ley escrita sino la jurisprudencia, lo que permite una mayor flexibilidad y discrecionalidad judicial en la manipulación de los precedentes y elaboración de doctrinas jurisprudenciales, para adaptarlos así, en su aplicación a casos futuros, a las necesidades y valores de contextos sociales cambiantes. En cambio, un Derecho como el europeo, basado en reglas generales y abstractas dotadas de una formulación lingüística oficial fijada en un Código, propicia el desarrollo de análisis textuales (como los de la Escuela de la Exégesis) y de construcción de sistemas conceptuales (como la jurisprudencia de conceptos), en un sentido mucho más formalista de lo que sería imaginable en el mundo anglosajón. Sin embargo, a pesar de su carácter "más blando", el formalismo jurídico -en su vertiente jurisprudencial- también existió en Estados Unidos (aunque triunfó más tarde y durante menos tiempo: *circa* 1870-1920), y fue más lejos de lo que los norteamericanos -cuya cultura es menos dada a las abstracciones y formalidades- pudieron "resistir" (de ahí la especial virulencia de la revuelta contra él).

### 1. El formalismo jurisprudencial.

#### **1.1. Su aparición en la enseñanza del Derecho.**

La aparición del formalismo jurídico norteamericano vino de la mano de algo aparentemente tan simple como fue un nuevo enfoque de la enseñanza del Derecho en las universidades. En Estados Unidos la enseñanza universitaria comienza a configurarse verdaderamente a partir de 1870. En ese año, un abogado llamado Christopher Columbus Langdell fue nombrado primero profesor y después decano de la facultad de Derecho de Harvard. Langdell llevó a cabo una verdadera revolución en esta facultad, con el propósito de reivindicar respetabilidad académica y carácter científico a la enseñanza del Derecho. Además de crear la figura del profesor de Derecho profesional (hasta entonces se trataba de

jueces y abogados que enseñaban como actividad secundaria), de establecer sistemas estrictos de selección de estudiantes, exámenes rigurosos y las bases de la mayor biblioteca jurídica del mundo, Langdell introdujo un nuevo método docente. Para Langdell el estudio científico del Derecho debía consistir en el dominio de un número relativamente pequeño de principios y doctrinas básicas, y pensaba que la vía más rápida y segura de alcanzar este dominio era el análisis de una serie de "casos" o sentencias cuidadosamente seleccionadas, en las que esos principios y doctrinas toman cuerpo. En consecuencia, el método de enseñanza debía centrarse en el estudio de esos casos (este método se conoce como el *case method*), para lo que debían realizarse recopilaciones de las principales sentencias (*casebooks*). Langdell creía además que la docencia debía desarrollarse de tal manera que los alumnos pudieran sacar mayor aprovechamiento de la asistencia a clase del que obtendrían dedicando el tiempo al estudio privado: si los estudiantes contaban con un libro de casos, el paso siguiente tenía que ser el abandono de la tradicional clase magistral. Para ello, se exigía a los alumnos que leyeran y analizaran cuidadosamente los casos previamente asignados para cada clase, de manera que, en lugar de "tomar apuntes", ésta se dedicara a una discusión colectiva de los casos bajo la dirección del profesor, quien con sus preguntas debía orientar la discusión hacia los aspectos centrales (este sistema se conoce como el "método socrático").

Pues bien, con el *case method* queda configurado el formalismo jurisprudencial. Probablemente, desde una mentalidad europea se piense que no se trata de verdadero formalismo: el *case method* pone el acento en sentencias concretas, y no en reglas generales y abstractas del Derecho legislado, ni en conceptos abstractos elaborados por la ciencia jurídica; en las fuentes primarias donde aparece el Derecho "realmente" (las sentencias judiciales), y no en manuales doctrinales donde el Derecho aparece conceptualizado y lógicamente sistematizado; en la discusión participativa, y no en el dogmatismo de la lección magistral en la que se comunica sin más el Derecho válido y su única interpretación "correcta"; en la formación metodológica y la capacidad de argumentación, y no en la simple memorización de reglas y doctrinas sistematizadas previamente (se enseña a "pensar como juristas", a razonar y manejar argumentativamente las normas, más que a memorizar sus contenidos). A pesar de ello, Langdell fue considerado en Estados Unidos el principal representante del formalismo (hay que insistir en que, en general, la contraposición entre

formalismo/antiformalismo en Estados Unidos está más desplazada en conjunto hacia el antiformalismo que en Europa, de modo que allí ven como "formalistas" orientaciones que para nosotros no lo son tanto).

En realidad, el *case method* sí es formalista, y lo es al menos por dos razones:

a) En primer lugar, el estudio de las sentencias concretas no es más que la vía para abstraer y construir, a partir de ese material casuístico en bruto y desordenado, *un sistema completo y lógicamente consistente de reglas, doctrinas y principios de carácter general y abstracto*, que es en lo que, según Langdell, consiste verdaderamente el Derecho (las sentencias no serían más que manifestaciones, plasmaciones concretas, de esas reglas, doctrinas y principios). Aunque se tratara de casos "reales", debía hacerse pues abstracción del contexto particular (social, económico, político, etc.) de los casos, y centrarse en la regla, doctrina o principio que hubiera detrás de la "*ratio decidendi*" o fundamentación de la sentencia. Una vez establecida esa regla, doctrina o principio, los jueces debían respetarla escrupulosamente y *aplicarla mecánicamente* a los casos futuros (rigurosa vinculación al precedente: doctrina del "*stare decisis*"): se suponía que normalmente proporcionaba, por mera deducción lógica y sin discrecionalidad del intérprete, únicas respuestas correctas. En el "libro de casos" (*casebook*) sólo se incluían casos "paradigmáticos", las principales sentencias en cuya fundamentación jurídica se expresara, con consistencia lógica, una determinada "línea jurisprudencial" (interesaba mostrarlos y estudiarlos en su secuencia lógica, más que cronológica o histórica); si hubiera casos contradictorios con esa línea coherente, se ocultaban o se minimizaba su importancia tachándolos de meras "anomalías", ofreciéndose así una imagen sistemática de este Derecho jurisprudencial. De modo que, a estos casos "canónicos" incluidos en los *casebooks*, se les atribuía un carácter normativo general que los hacía susceptibles de un tratamiento tan formalista, aunque fueran sentencias, como el que daría un jurista continental a los artículos de un código. Además, la idea de enseñar a "pensar como juristas" partía de una concepción del razonamiento jurídico como razonamiento lógico-formal, no como razonamiento instrumental en términos de "policy" u objetivos sociales a alcanzar, ni menos aún como razonamiento en términos de discurso abiertamente valorativo de carácter político-moral. En todo esto se perciben muchos rasgos del formalismo: el énfasis en la generalidad y abstracción del Derecho; el énfasis en la

sistematicidad del Derecho (carente de lagunas y antinomias); la confianza en su certeza y predecibilidad en cuanto que es aplicable mecánicamente, deductivamente (sin discrecionalidad judicial, sin atender a valoraciones morales o de utilidad social introducidas por el intérprete).

b) En segundo lugar, en cuanto a la ciencia jurídica: el *case method* aislaba el estudio del Derecho del resto de disciplinas sociales, para mantener así el carácter científico autónomo y puro de la ciencia jurídica. El Derecho sólo consta de principios y doctrinas jurídicas, y en las facultades de Derecho la "dieta" de los estudiantes debía estar compuesta exclusivamente por los casos en que éstas aparecen. La ciencia política, la historia, la sociología o la economía debían confinarse en otras facultades. Y la experimentación sociológico-jurídica empírica y cualquier referencia al entorno social también debía quedar fuera de las facultades de Derecho.

### **1.2. Sus principales rasgos.**

La influencia de las facultades de Derecho en Estados Unidos es tan importante que muy pronto este formalismo trascendió el ámbito universitario. Así, la corriente formalista jurisprudencial se configuró con los siguientes rasgos (que se han predicado del formalismo en EE.UU. de esta época y que en lo básico no son distintos de los del formalismo europeo):

- 1) Creencia en que un sistema jurídico es algo esencialmente completo, por lo que contiene respuestas preexistentes para virtualmente todas las cuestiones que se susciten.
- 2) Creencia en que la doctrina de separación de poderes es un atributo inherente y necesario de un sistema jurídico, y que una consecuencia de ello es que sólo los legisladores y no los tribunales pueden crear Derecho.
- 3) Creencia en que, cuando un legislador crea Derecho nuevo, debe dar un peso considerable, si no absoluto, a la cuestión de cómo las nuevas formas de Derecho propuestas armonizan con el Derecho existente.
- 4) Creencia en que "el verdadero Derecho" consiste en reglas de Derecho en los libros, con independencia del carácter y grado de las divergencias que existan entre el Derecho en los libros y el Derecho en acción.
- 5) Creencia en que la elevada abstracción y generalidad son virtudes del Derecho y, por tanto, preferibles a las formulaciones concretas en términos de supuestos de hecho particulares.
- 6) Creencia en el recurso a la lógica interna de los conceptos jurídicos que aparecen en las reglas como la herramienta principal del razonamiento jurídico ("conceptualismo").
- 7) Creencia en que las decisiones de los tribunales deben justificarse mediante la subsunción de su resultado bajo conceptos generales plasmados en las reglas jurídicas relevantes.
- 8) Creencia en la certeza y predecibilidad como los máximos ideales jurídicos.

### **1.3. Su uso ideológico por los jueces.**

Con mayor o menor énfasis, una buena parte de juristas y jueces abrazaron el formalismo caracterizado por las anteriores tesis. De acuerdo con las tesis 2 y 7, la tarea del

juez es estrictamente declarativa de Derecho, y no creativa: el juez se limita a subsumir un hecho en una regla general, en un proceso mecánico y deductivo. Sin embargo, paradójicamente, asistimos en estos años a la aparición y extensión de un mecanismo que representa uno de los factores clave que explican el extraordinario papel creativo y político de la judicatura en Norteamérica: la doctrina "sustantiva" del "debido proceso". Las enmiendas V y XIV de la Constitución federal establecen que "ninguna persona puede ser privada de la vida, la libertad o propiedad sin el debido proceso jurídico" [*due process of law*]. Primero se interpretó esta cláusula del "debido proceso" como una alusión a requisitos y garantías procesales (por ejemplo, el derecho a ser oído por un juez "sin prejuicios", o que la acusación pruebe la culpabilidad "más allá de toda duda razonable", etc.), pero poco a poco el Tribunal Supremo federal fue ampliando su interpretación de manera que llegó a significar un derecho a que en el proceso se apliquen leyes "razonables", en definitiva, leyes justas ("debido proceso sustantivo", ya no sólo procesal). Esto es, la cláusula del debido proceso permitía invalidar aquellas leyes que los tribunales no consideraran "razonables" y que interfirieran en la vida, la libertad o la propiedad, aunque tales leyes fueran claras y hubieran sido aprobadas por una amplia mayoría y de acuerdo con los requisitos procedimentales establecidos en la Constitución. Dado que los conceptos de libertad, propiedad y vida pueden ser interpretados con gran amplitud, nos daremos cuenta de que el resultado fue un extraordinario poder y una gran discrecionalidad de los jueces. Pues bien: los jueces conservadores de esta época (en particular, los del Tribunal Supremo), que por un lado se declaraban formalistas, por otro aprovecharon esta cláusula para practicar un agresivo activismo judicial, declarando inconstitucionales muchas medidas legislativas tendentes a limitar el liberalismo económico dominante que ellos defendían (como leyes sociales y de bienestar económico de todo tipo, disposiciones que fijaban un máximo de horas para la jornada laboral, salarios mínimos, control de precios, etc.). La letra de la Constitución -la cláusula del "debido proceso"- les servía de coartada para proteger la propiedad y la libertad frente a interferencias que consideraban no razonables, manteniendo que lo hacían desde la más imparcial sumisión a los unívocos dictados de la Constitución, cuando en realidad el vago estándar de "razonabilidad" como test derivado de la doctrina del "debido proceso" (que

ellos mismos habían ampliado interpretativamente) les permitía ejercer un alto grado de discrecionalidad.

En suma: el supuesto formalismo de este periodo clásico fue muchas veces, en boca de los jueces, más un discurso ideológico que un reflejo real del razonamiento judicial que estaba teniendo lugar. Esta conclusión debe tenerse en cuenta para comprender la fuerte reacción de los realistas y su énfasis en la discrecionalidad judicial: los realistas trataron de denunciar y desenmascarar el carácter puramente ideológico del formalismo.

## 2. Antecedentes del realismo jurídico americano.

### **2.1. Presupuestos: El pragmatismo.**

Desde un punto de vista filosófico, la principal influencia del realismo jurídico americano es sin duda el pragmatismo. Se trata de una corriente filosófica de finales del siglo XIX y principios del XX. Una manera rápida de caracterizar sus principales aportaciones puede ser la de señalar cuál era su actitud y método general, y cuáles fueron las principales aportaciones de sus dos representantes más destacados: la "teoría de la verdad" de William James y la "lógica" de John Dewey, que son las teorías que más influyeron en los realistas.

a) *La actitud pragmática*: Más que un cuerpo completo y coherente de teorías, el pragmatismo se caracteriza por adoptar una actitud contraria a las especulaciones abstractas, enemiga de la metafísica, de la búsqueda de "primeros principios" o de "verdades absolutas". Por el contrario, se propone un método de investigación que sea empírico y dé una especial importancia al contexto del fenómeno que se investiga. Esta actitud general se manifiesta en todas las aportaciones de los pragmatistas.

b) *La teoría de la verdad de William James*: Consecuentemente con su negativa a aceptar verdades absolutas, el pragmatismo desarrolló una teoría de la verdad distinta de la tradicional. El criterio más extendido de verdad es el que afirma que la verdad depende de la correspondencia de una proposición con la realidad. Para saber si el significado de una frase es verdadero, de acuerdo con esta tesis (la "teoría de la verdad como correspondencia") debe contrastarse empíricamente si ese significado describe un hecho real. Por el contrario, para W. James (en su definición más extrema de "verdad") la verdad de una idea o una creencia depende de que sus consecuencias sean instrumentalmente adecuadas o buenas para algo,

esto es, una creencia es verdadera cuando es útil para el que la sostiene. O, dicho en otros términos, para el pragmatismo la noción relevante no es la noción filosófica de verdad, sino la noción psicológica de "creencia adecuada para algo". Las religiones aportan un buen ejemplo: James nos dice que el pragmatismo es tan pragmático, tan empírico, tan poco dogmático, que no parte de un "prejuicio materialista" en contra de las creencias religiosas, en tanto que éstas son de hecho abrazadas a menudo por la gente y su adopción lleva a consecuencias prácticas para ellos. Si estas consecuencias son buenas para su vida, esto es, si su vida real será mejor para ellos abrazando esas ideas en comparación con cómo sería abandonándolas (pero abrazarlas supondría renunciar a la utilidad que para la vida tienen las creencias e interpretaciones científicas del mundo que son incompatibles con la religión), entonces esa gente debe aceptar sus creencias religiosas como verdaderas (si es que aún así les compensara hacerlo). Puede comprenderse fácilmente que una concepción de la verdad pragmática y relativista como ésta se enfrenta radicalmente con las afirmaciones de los formalistas acerca de la verdad absoluta de los principios y las doctrinas jurídicas abstraídas a partir del análisis de las reglas o sentencias. Los realistas no dejarán de señalarlo.

c) *La lógica de Dewey*: otra de las aportaciones de los pragmatistas que más van a influir en los realistas es la concepción de Dewey de la lógica. Para este autor existen diferentes lógicas al uso; la que ha tenido mayor difusión histórica es la lógica de los silogismos o deductiva, que es también la que mayor transcendencia ha tenido a la hora de explicar el proceso de aplicación judicial del Derecho. De acuerdo con la lógica de los silogismos, es necesario contar con una premisa general en la que subsumir una premisa particular. Sin embargo, de hecho, dice Dewey, los hombres no empiezan a pensar con premisas: suelen plantearse un problema en su complejidad, "probando" con diferentes enfoques y diferentes posibles soluciones, hasta encontrar la solución más útil (y, de acuerdo con James, verdadera). Tal modo de pensar, según Dewey, es especialmente utilizado por los jueces y abogados cuando realizan razonamientos jurídicos. Desarrollar unas premisas y llegar a una conclusión es sólo una manera de explicar nuestras decisiones y, en el caso de los jueces, de hacer aparecer una solución jurídica como una consecuencia inevitable, para aparentar así la existencia de una seguridad y certeza jurídica en realidad ilusoria. La lógica del Derecho ha de ser "una lógica de predicción de probabilidades más que de deducción de certidumbres".

El núcleo de las tesis sostenidas por los realistas americanos se puede encontrar ya en la obra del juez Holmes y en la de R. Pound. Ambos pueden considerarse antecedentes inmediatos o precursores del realismo jurídico americano.

## **2.2. Oliver Wendell Holmes.**

Algunos años antes de que el 2º Ihering estableciera las bases de la crítica al formalismo conceptual, Holmes, con una larga carrera judicial y siendo uno de los jueces más influyentes que Estados Unidos ha tenido nunca (Llewellyn dijo de él: "Los hombres son el reflejo de las instituciones (...) Pero a algunos hombres les ha sido dado constituirse ellos mismos en institución. Holmes es el reflejo de y encarna a Norteamérica") procedió a una crítica del formalismo jurisprudencial que puede señalarse como el comienzo de la corriente realista en sentido amplio. Los elementos de esta crítica son los siguientes:

1) *Enfoque instrumentalista.*- La principal aportación de Holmes al realismo no fue tal o cual tesis o idea, sino más bien una "actitud" general, un tipo de "enfoque" o perspectiva ante el Derecho: un enfoque "instrumentalista". El Derecho es visto y ha de ser empleado como un instrumento, como un medio deliberadamente diseñado por el hombre para la satisfacción de demandas e intereses sociales que son extrínsecos al propio Derecho (frente a visiones del Derecho como un fin en sí mismo: como expresión de "la Razón", o de valores "objetivos" y absolutos no dependientes de deseos sociales contingentes; o como expresión de la libre voluntad de un soberano; o de una tendencia de desarrollo histórico; o como simples normas dotadas de autoridad legítima a las que aceptamos someternos...). Para el instrumentalista, el Derecho carece de fines sustantivos propios, es sólo *un instrumento* con el que nosotros podemos hacer cosas (p.e., satisfacer demandas sociales) sin que él nos diga exactamente qué hacer; más bien, por su carácter indeterminado, el Derecho nos abre un marco de actuaciones diversas que podemos realizar (aunque ese marco sí impone límites sobre lo que podemos hacer). En consecuencia, la perspectiva para estudiarlo y emplearlo no es la de indagar cuáles son los fines intrínsecos al Derecho y que éste nos dicta, sino cómo podríamos utilizarlo, y cómo debemos utilizarlo: instrumentalizándolo, manipulándolo como manipulamos una herramienta, para lograr así la satisfacción de nuestros fines, que son preexistentes a nuestra

aproximación al Derecho. Desde este enfoque instrumental, por lo tanto, uno se aproxima al Derecho con determinados fines propios (satisfacer demandas sociales) y no para "extenderle un cheque en blanco". El enfoque no-instrumentalista, en cambio, sería el de quien se aproxima al Derecho diciéndole: "yo no quiero conseguir nada, no tengo fines preconcebidos, sólo quiero hacer aquello que Vd. me diga; le acepto a Vd. como legítimo y me someto a sus dictados; por eso quiero conocer quién es Vd. (su concepto, estructura, etc.) y qué ordenan sus normas" (aquí se adoptaría una genuina aceptación del Derecho, por razones *morales*). El instrumentalista, en cambio, se aproxima al Derecho diciéndole: "yo sí quiero conseguir ciertos fines (p.e., satisfacer demandas sociales), así que voy a ver cómo puedo utilizarle a Vd. como medio, como aliado, para lograrlos; o al menos cómo podría yo actuar hacia esos fines dentro de los límites que Vd. me impone, sin que Vd. me castigue". En este caso, el sometimiento al Derecho es por razones no morales, sino "*prudenciales*": una obra externamente "de conformidad con" el Derecho, pero no movido "por" el Derecho (por aceptar moralmente sus deberes, sus supuestos fines), sino porque el Derecho puede serle positivamente útil a uno, o bien porque seguirlo supone, negativamente, sortear los obstáculos (p.e., eludir la sanción) que el Derecho representa a la hora de lograr los fines que uno tiene.

Desde esta perspectiva (instrumentalista, pragmática, estratégica), lo importante ya no es tanto conocer el Derecho en abstracto (el Derecho "en los libros", formalmente válido), sino conocer su funcionamiento *real* (el Derecho "en acción", en la práctica, sobre todo judicial), ya que lo que interesa será poder *predecir* las consecuencias jurídicas reales de nuestra conducta, y actuar así en consecuencia: si adopto esta estrategia, el Derecho me servirá para mis fines, si adopto esta otra, el Derecho me impedirá conseguirlos o incluso me castigará. De ahí que a Holmes, y a los realistas, no les interesara tanto la discusión teórica sobre el concepto o definición del Derecho, y que, cuando se detienen a definirlo, definan lo que el Derecho "es" en función de lo que el Derecho "hace" realmente: no como conjunto de normas generales y abstractas puestas válidamente por el legislador, sino como la conducta efectiva de los funcionarios y jueces que lo aplican, sus sentencias y decisiones efectivas. Tampoco les interesa tanto analizar la estructura formal del sistema jurídico, ni analizar o interpretar lo que ordenan sus normas "sobre el papel", en cuanto que formalmente válidas... les interesa

mucho más analizar la práctica real de la función judicial, qué factores realmente inciden en la toma de decisiones de los jueces, para poder predecirlas (en este sentido, analizar las normas sobre el papel también será necesario, pero únicamente en la limitada medida en que esas normas sean un factor más, entre muchos otros -en realidad más decisivos-, que incida realmente en la toma de decisiones de los jueces).

Holmes expresó esta perspectiva "instrumentalista" (que él defendía) como el punto de vista del "hombre malo", esto es, el de quien obedece al Derecho exclusivamente para evitar la sanción o para lograr sus fines (no por razones morales sino prudenciales, estratégicas):

“Cuando estudiamos el Derecho no estamos estudiando un misterio, sino una profesión bien conocida. Estamos estudiando lo que necesitaremos para comparecer ante los jueces o para asesorar a la gente de tal manera que se mantengan alejados de los tribunales [...]. Si queréis conocer el Derecho, y nada más, debéis mirarlo con los ojos del hombre malo, a quien sólo le preocupan las consecuencias materiales que tal conocimiento le permite predecir, y no como un hombre bueno que encuentra las razones de su conducta tanto dentro del Derecho como fuera de él, en las sanciones más difusas de la conciencia. Tomad por ejemplo la pregunta fundamental: ¿Qué constituye el Derecho? Encontraréis algunos tratadistas que os dirán que es algo distinto de lo que deciden los tribunales de Massachussets o de Inglaterra, que es un sistema de la razón, que es una deducción de principios de ética, o de axiomas admitidos, o de lo que sea, que puede coincidir o no con las decisiones. Pero si adoptamos la perspectiva de nuestro amigo el hombre malo, descubriremos que a él le importan un comino los axiomas o deducciones, que lo que él quiere saber es qué es lo que probablemente harán de hecho los tribunales de Massachussets o de Inglaterra. Yo pienso de manera parecida a la suya. Las profecías acerca de lo que los tribunales harán de hecho, y nada más pretencioso, es lo que yo entiendo por Derecho”.

El "hombre malo" de Holmes sería, por ejemplo, el abogado, que actúa no movido por la intención de hacer lo que el Derecho le dicte, sino con la intención de conseguir sus propios fines: ganar el pleito, satisfacer los intereses de su cliente. Para conseguir sus fines, el abogado actúa dentro del Derecho; si no lo puede evitar, hace sin más lo que éste le dicta "prima facie"; pero cuando puede, lo manipula a su favor, busca las interpretaciones forzadas que le convienen (pero tendrá que argumentarlas jurídicamente de manera aceptable, correcta según Derecho, si es que quiere tener éxito: sigue pues moviéndose dentro del marco del Derecho, pero con una actitud instrumentalista). Lo que al abogado le importa no es lo que digan las leyes en sí mismas, sino poder predecir qué va a pasar con su pleito, saber qué ocurrirá según cómo oriente su demanda y los demás pasos que dé en el proceso, para así actuar de un modo o de otro; lo que digan las leyes le interesa sólo en la medida en que las

leyes *también* inciden en las decisiones reales de los jueces, que es lo que de verdad le interesa: no ya los Códigos, sino las interpretaciones y aplicaciones que de los Códigos hagan los jueces, es lo que interesa a un abogado en ejercicio.

Advertencia importante: la referencia al "hombre malo", o al abogado, no es más que un modo gráfico de explicar en qué consiste el enfoque instrumentalista. Holmes no aboga por instrumentalizar el Derecho para fines "malos" o para meros intereses egoístas de los clientes: esa instrumentalización o manipulación del Derecho (un enfoque instrumental podría también servir fines perversos) debe estar según Holmes al servicio de fines colectivos, de las demandas, necesidades e intereses que se impongan en "la comunidad", tras un "libre intercambio de ideas". Y en ese sentido, ese instrumentalismo es auspiciado por Holmes incluso también para los jueces (Holmes mismo fue juez, nada menos que del Tribunal Supremo). Se supone que el juez encarnaría el punto de vista del "hombre bueno": no ha de tener fines preconcebidos sobre el sentido de su sentencia, hará aquello que el Derecho le diga; sin embargo, dada la discrecionalidad que a menudo el Derecho deja al juez, éste debe orientar su decisión para la consecución del bienestar de la comunidad.

2) *Definición de "Derecho"*.- Acabamos de ver que Holmes define el Derecho como *las predicciones de lo que los jueces harán* ("las profecías acerca de lo que los tribunales harán de hecho, y nada más pretencioso, es lo que yo entiendo por Derecho"). Lo importante es entender, como acabamos de explicar, por qué él da esta definición: se deriva de su enfoque instrumentalista. Volveremos más adelante sobre esta definición.

3) *Crítica al deductivismo*.- Holmes criticó la apariencia lógica de las decisiones de los tribunales ("La vida del Derecho –dice Holmes- no ha consistido en lógica, sino en experiencia"). Él mantuvo un fuerte escepticismo hacia el papel de las reglas generales como medios para alcanzar decisiones particulares (a través del "modelo silogístico" de los formalistas); frente a éstas, sostuvo que en las decisiones judiciales tenían un papel más relevante otros factores de carácter extrajurídico (creencias morales, intereses políticos, etc.) e incluso factores inconscientes (como prejuicios e incluso estados de ánimo).

4) *Acudir a elementos extrajurídicos*.- Consecuente con lo anterior, Holmes sostuvo la necesidad de estudiar los factores *reales* (no en los libros) de la vida jurídica (ya que ésta no es "lógica, sino experiencia"), y actuar en consecuencia. Habrá que acudir a disciplinas

sociales tales como la economía, la sociología, o la historia (si bien, aunque al principio enfatizó la importancia de la historia, en años posteriores dejó de darle esa relevancia).

5) *Separación conceptual entre el “ser” y el “deber ser” del Derecho, entre Derecho y Moral.*- El jurista, en cuanto tal, no ha de hacer valoraciones morales para determinar qué es Derecho. Únicamente ha de hacer predicciones empíricas: independientemente de que resulte ser moralmente justo o injusto, lo que previsiblemente harán los tribunales será Derecho.

Por ejemplo, en cuanto al concepto de *deber jurídico*: no es más que una predicción en el sentido de que si un hombre hace u omite ciertas cosas probablemente será sancionado (o desde el punto de vista del sujeto: es la necesidad para alguien de comportarse de tal forma que no será sancionado). Si esa conducta para evitar la sanción es justa o no, es algo que queda fuera del razonamiento jurídico.

### **2.3. La “jurisprudencia sociológica” de Roscoe Pound.**

R. Pound también fue un precursor que influyó mucho en los realistas, aunque, cuando apareció el movimiento realista propiamente dicho, él lo criticó por su radicalismo (Pound era más moderado en su crítica al formalismo).

Influido por Holmes, el 2º Ihering y, en general, las tesis de la revuelta contra el formalismo, Pound, Decano de la facultad de Derecho de Harvard, afirmó (en una dirección contraria a Langdell) la necesidad de realizar investigaciones sociológicas en el campo del Derecho. Enfatizó la importancia de la Sociología del Derecho, tanto de estudios sociológicos sobre el Derecho actual como de estudios sociológicos de Historia del Derecho: explicar el desarrollo histórico del Derecho en su relación con la sociedad (pero sin buscar una especie de “ley de la historia”).

Las investigaciones empíricas de sociología jurídica (y de historia) debían servir de base para formular propuestas de política jurídica, tanto de política legislativa (“recetas” para el legislador) como judicial (orientar sus decisiones conforme a objetivos sociales). Y es que Pound veía el Derecho como un instrumento o mecanismo de “control social”, encaminado a la consecución de ciertos fines públicos (normalmente de carácter socioeconómico). Frente al paradigma “conflictualista” (la sociedad es ante todo conflicto de intereses irreconciliables entre clases y grupos, y el Derecho sirve a los de la clase socialmente dominante), Pound era

claramente “funcionalista”: confiaba en la existencia de “fines sociales compartidos” y, cuando surgiera el conflicto, en la capacidad del Derecho para armonizar intereses en disputa y cohesionar a la sociedad. De modo que al final el modelo de sociedad se mantendría en equilibrio, gracias a la introducción en él, a través del Derecho, de ciertas reformas que supondrían progreso y estabilidad social. El Derecho sería por tanto una especie de “ingeniería social”: una técnica para la construcción de un mejor *orden* en la sociedad (“poner orden en las relaciones humanas”, “armonizar y reconciliar las pretensiones y exigencias en disputa”, decía Pound).

El papel del “jurista-ingeniero social” sería el de operar como “guía-experto” que oriente a legisladores y jueces. Pero que les oriente no como simple analista (intérprete) y sistematizador del Derecho positivo formalmente válido (papel de la dogmática tradicional), sino que les oriente acerca de cuáles son las verdaderas demandas sociales (tras investigarlas sociológicamente) y acerca de las estrategias técnicamente más idóneas para el empleo del Derecho como instrumento para la armonización y satisfacción de esas demandas sociales. El jurista teórico ha de practicar pues no una dogmática formalista al modo tradicional, sino lo que Pound denominó una “Jurisprudencia (Ciencia Jurídica) Sociológica”, una nueva dogmática dentro de la cual se introduzcan conceptos y técnicas tomadas de la sociología. No una sociología *del* Derecho “separada” y “al lado de” la ciencia jurídica (de modo que ésta continuaría cultivándose del modo “puramente jurídico” tradicional), sino una sociología *en el* Derecho, en el seno mismo de la ciencia o dogmática jurídica. En esa “jurisprudencia sociológica” jugarán un papel fundamental, a la hora de realizar y proponer interpretaciones de normas, las consideraciones de “policy”, de políticas públicas o directrices socioeconómicas a maximizar (una interpretación “finalista”, algo parecido a lo que nosotros denominamos el instrumento “teleológico” en la interpretación).

Así, Pound señaló seis puntos que debían caracterizar el trabajo de los juristas:

- a) Estudio de los concretos efectos sociales de los institutos y las doctrinas jurídicas.
- b) Estudio de los medios para convertir efectivamente en operativas a las normas jurídicas.
- c) Estudio sociológico como actividad preparatoria para la promulgación de las leyes.
- d) Estudio de la metodología jurídica.
- e) Elaboración de una historia sociológica del Derecho.

f) Reconocimiento de la importancia de la solución razonable y equitativa de los casos particulares, “mientras que la generación anterior se contentaba con la justicia abstracta de las normas en abstracto”.

En cuanto a esos “fines sociales” o *policies* en los que él tanto insiste, Pound sostuvo lo que podríamos denominar un “relativismo utilitarista”: el fin a perseguir no es un único fin “absoluto”, “objetivo”, sino aquellos fines (de bienestar social) cambiantes, contingentes, que en cada contexto y momento particular persigan los individuos y grupos sociales, o “la sociedad” en su conjunto. Pero, al final de su vida, Pound habló también de fines y valores objetivos (casi aproximándose a posiciones iusnaturalistas). Esta evolución se detecta particularmente en su visión de la historia: mantuvo casi siempre un cierto relativismo histórico, en el sentido de que la historia no transcurre según un determinado “guión” o “ley de la historia” dirigida a un final objetivamente valioso. Pero en su última etapa, Pound habló de un gran fin indeclinable de la historia: la tendencia hacia un cada vez mayor grado de “civilización”, en el sentido del control del ser humano sobre la naturaleza física y sobre su propia naturaleza interna.

### 3. El realismo jurídico americano.

#### **3.1. Caracterización general del realismo.**

Recogiendo las anteriores influencias, el realismo jurídico norteamericano se configura en los años 20 y 30 del siglo XX como una de las corrientes jurídicas más importantes, frescas y desmitificadoras<sup>2</sup>. "Los realistas fueron quienes nos hicieron ver que los jueces, para ponerse los pantalones, meten primero una pierna y después la otra, como todo el mundo", dicen que contestó un alumno cuando su profesor le preguntó qué sabía de los realistas. Con esta respuesta, el alumno no iba del todo desencaminado: apuntaba a uno de los principales rasgos del realismo, el de su énfasis en la inevitable indeterminación del Derecho provocada por el mero hecho de la humanidad del juez. El juez no es una fría

---

<sup>2</sup> A veces se habla del realismo en un sentido amplio, que incluiría a sus precursores de finales del XIX y las primeras décadas del XX: Holmes, Pound, y otros como John Chipman Gray, Wesley Newcomb Hohfeld, Benjamin Cardozo, o Morris Cohen. Pero, “en sentido estricto”, el movimiento realista surgió en los años 20 y se desarrolló hasta poco después de la Segunda Guerra Mundial. Karl Llewellyn y Jerome Frank son quizá sus principales representantes. Otros realistas importantes fueron Felix Cohen, Thurmand Arnold, Underhill Moore, Herman Oliphant, y Walter Wheeler Cook.

máquina que obtenga de modo objetivo y racional “la” respuesta jurídicamente correcta, sino un ser humano como todos, con sus valores, su ideología, su particular psicología, sus prejuicios... y eso juega un papel muy importante en su toma de decisiones. La cuestión es que eso es sólo una parte del mensaje de los realistas: la indeterminación jurídica no sólo se debe a la subjetividad del juez, sino sobre todo a la imposibilidad de construir un sistema completo y consistente de normas que pudieran siempre aplicarse de manera neutral y objetiva.

Más allá de su empeño desmitificador, algunas de las líneas comunes de este movimiento (que en realidad fue muy heterogéneo) pueden extraerse de la descripción de Karl Llewellyn, quizá el autor más importante de esta corriente:

- 1) Concepción del Derecho como fenómeno dinámico en constante renovación, y como creación judicial.
- 2) Concepción instrumental del Derecho, como un medio para fines sociales y no como un fin en sí mismo, de manera que cada parte del mismo debe examinarse a la luz de sus propósitos y sus efectos sociales.
- 3) Concepción de la sociedad como un *fluir*, normalmente más rápido que el del Derecho, lo que hace que éste deba ser constantemente revisado para adaptarlo a los cambios sociales.
- 4) Divorcio “temporal” entre el “ser” y el “deber ser” del Derecho a efectos de su estudio: durante la investigación misma sobre lo que “es”, la observación y descripción (por ejemplo, de lo que hacen los tribunales) debe permanecer en la medida de lo posible incontaminada de juicios de valor y de los deseos del observador acerca de cómo debería (éticamente) ser. Esos juicios de valor sólo intervienen a la hora de fijar los objetivos de la investigación, y a la hora de proponer reformas (los realistas “parten de la sospecha de que es necesario el cambio”); pero esas propuestas deben ser “bien informadas en lugar de especulaciones de salón”, dice Llewellyn, y para ello deben sustentarse en previas descripciones neutrales sobre cómo funciona actualmente el Derecho.
- 5) Desconfianza hacia las reglas y conceptos jurídicos tradicionales en la medida en que pretendan *describir* lo que los tribunales o la gente hacen en realidad. De ahí el énfasis en las reglas como “predicciones generalizadas sobre lo que harán los tribunales”. Su complemento será formular “reglas *de hacer*”, descriptivas de regularidades fácticas en las decisiones reales

de los tribunales y que permitirían hacer predicciones sobre decisiones futuras (esas reglas descriptivas de prácticas reales serían bien distintas de las “reglas *para* hacer”, o sea, las genuinas reglas jurídicas prescriptivas sobre cómo deben decidir, que sirven poco para predecir cómo decidirán de hecho, debido a lo señalado en el punto 6).

6) [TESIS CENTRAL:] Desconfianza también hacia la creencia de que las tradicionales formulaciones de las reglas, en cuanto que *prescripciones*, son el factor decisivo en las decisiones judiciales. Esto supone la adopción, para explicar las fundamentaciones de las sentencias judiciales, de la “teoría de la racionalización *a posteriori*” [una vez tomada ya la decisión, sobre la base de factores distintos de las reglas, ésta se fundamenta luego *como si* hubiera sido tomada siguiendo reglas]. “Hay que advertir –dice Llewellyn- que ‘desconfianza’, en este punto y en el anterior, no es en absoluto equivalente a ‘negación en cualquier caso’”.

7) Desconfianza hacia reglas verbalmente simples que tan a menudo engloban situaciones diversas y complejas, y por tanto creencia en la utilidad de agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías y conceptos jurídicos más estrechos o específicos que los tradicionalmente empleados por los juristas (menor abstracción).

8) Insistencia en evaluar cualquier parte del Derecho en términos de sus efectos, que deben ser investigados.

9) Insistencia en un ataque constante y programático sobre los problemas del Derecho siguiendo líneas mencionadas.

Para ver con más detalle estas tesis y comprenderlas podemos distinguir la crítica al concepto formalista de Derecho y la crítica a la teoría formalista de la función judicial.

### **3.2. El concepto de Derecho de los realistas (crítica al concepto normativista).**

Como hemos visto, Holmes rechazó las definiciones abstractas y metafísicas de "Derecho", señalando que por "Derecho" debía entenderse simplemente "las profecías sobre lo que los tribunales efectivamente harán" (adoptando de esta manera la perspectiva del "hombre malo"). Muchos realistas se inspiraron en esta definición de Derecho, pero corrigiéndola en parte. En realidad, la definición de Holmes puede criticarse –es sólo un matiz, digamos, técnico, que no afecta al sentido de fondo de su definición- en la medida en

que confunde el estudio del Derecho (por ejemplo, el que realiza la ciencia jurídica, o el abogado para preparar el pleito) con el objeto de ese estudio, o sea, con el Derecho mismo: hablando con propiedad, las profecías sobre la conducta de los jueces serían, en todo caso, aquello en lo que consiste la tarea de los juristas, la tarea de la ciencia o estudio del Derecho, y no el Derecho mismo; el Derecho no hace profecías acerca de sí mismo o acerca de las decisiones judiciales, es el estudioso quien formula esas predicciones. El Derecho estaría entonces constituido por la conducta misma de los jueces, no por las predicciones sobre esa conducta. Los realistas aceptaron esta versión corregida de la definición de Holmes. Pero lo importante no es ya que no definan al Derecho como predicciones sino, sobre todo, que no definen “Derecho” como un conjunto de normas generales (cuando tradicionalmente suele definirse así), sino como un conjunto de conductas: *las conductas efectivas de los jueces (y otros funcionarios), entendidas como el conjunto de las decisiones particulares y concretas que toman (los fallos de sus sentencias)*<sup>3</sup>.

En todo caso, lo más importante de todo es comprender por qué el problema teórico, conceptual, de la definición de Derecho, es algo que en realidad preocupa bien poco a los realistas. La razón de este desinterés ya la hemos visto (y quizá explique el escaso rigor y los bandazos que dieron las pocas veces que entraron en esta cuestión): como dijimos respecto de

---

<sup>3</sup> "Lo que los jueces [los *officials*: jueces y funcionarios en general] hacen en relación con las disputas es, para mí, el Derecho mismo" (escribió Llewellyn). "El Derecho no consiste en reglas para la decisión, sino en las decisiones mismas [...] El Derecho, por lo tanto, consiste en *decisiones*, no en reglas. Si es así, entonces *cada vez que un juez decide un caso está creando Derecho*" (Frank). Así, *la mayoría de los realistas optó normalmente por definir Derecho como las decisiones judiciales concretas, y no como un conjunto de normas generales en aplicación de las cuales supuestamente toman esas decisiones, y tampoco como predicciones acerca de esas decisiones. Si bien, ciertamente, es eso, poder predecir, lo que les preocupa centralmente en cuanto que instrumentalistas holmesianos; pero por lo general no definieron —como sí hizo Holmes— "Derecho" como predicciones.*

Advertencia: decimos “por lo general”, “la mayoría de”, etc., porque es cierto que en la literatura de los realistas cabe también encontrar referencias al concepto de Derecho en las cuales, además de *decisiones judiciales* (que seguirían siendo el elemento esencial), se incluyen también las *normas generales efectivamente usadas por los jueces* para tomar y/o fundamentar esas decisiones particulares (aún así, no todas las normas generales formalmente válidas, “en los libros”, serían Derecho, sino sólo las efectivamente usadas por los jueces); y a veces, además, se incluyen las *predicciones* que puedan formularse sobre las decisiones y/o sobre las normas efectivamente aplicadas para tomarlas. Y es que los realistas a menudo fueron imprecisos, poco rigurosos, y dieron bandazos en esta cuestión de la definición o concepto de Derecho.

Holmes, si adoptamos un enfoque “instrumentalista”, ya no nos interesa tanto la discusión teórica sobre la definición de Derecho, sino analizar su funcionamiento en la práctica judicial, para intentar predecirla. Y, si es que hay que definir “Derecho” (y dado que las definiciones estipulativas son convencionales, no “verdaderas” o “falsas”, sino que deben ser útiles), entonces preferiremos estipular una definición centrada en lo que de verdad nos interesa: en la práctica judicial real, en las decisiones efectivas de los jueces.

Todo esto se refleja en las siguientes citas:

-“Confieso, sin embargo, que yo no escribiría hoy este libro exactamente como lo escribí hace dieciocho años. En primer lugar, metí la pata gravemente cuando ofrecí mi propia definición de la palabra ‘Derecho’. Dado que esa palabra chorrea ambigüedad por todas partes, ya había por entonces al menos una docena de definiciones plausibles. Añadir una más no era más que vanidad. Peor aún: enseguida me encontré asediado por otros iusdefinidores [*Law-definers*] que, a su vez, discrepaban entre sí. Una competición más inútil y que consuma más tiempo es difícilmente imaginable. En consecuencia, pronto me retiré de esa estúpida batalla sobre palabras. En 1931 publiqué un artículo en el que dije que en cualquier futuro trabajo sobre el objeto de estudio de este libro evitaría, siempre que me fuera posible, el uso de la palabra ‘Derecho’; en su lugar, afirmaré directamente –sin que medie una definición de ese término– de qué estaba yo hablando, a saber: (1) de decisiones judiciales específicas; (2) de lo poco predecibles y uniformes que son; (3) del proceso mediante el cual se elaboran; y (4) de hasta qué punto, en interés de la justicia para los ciudadanos, puede y debe mejorarse ese proceso. Ojalá hubiera utilizado ese procedimiento en este libro” (FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind*, prefacio a la 6ª reimpresión, p. viii).

-“La dificultad para enmarcar cualquier concepto de Derecho radica en que hay demasiadas cosas distintas para ser incluidas, y en que las cosas a incluir son tan increíblemente diferentes entre sí. Tal vez sea posible meterlas todas ellas bajo un solo techo verbal. Pero no veo qué es lo que se conseguiría con ello. Porque un concepto, tal y como yo lo entiendo, se construye para un propósito. Es una herramienta para pensar. Sirve para hacer más manejables nuestros datos al hacer algo, al ir a algún sitio con ellos. Y todavía no he encontrado la tarea, ni he oído hablar de ella, para la cual sean relevantes a la vez todos los datos que se asocian con el más impreciso y sugerente de los símbolos: el ‘Derecho’. Hacemos y tenemos demasiadas cosas y pensamientos diferentes a los que nos gusta asociar ese nombre. [...] En consecuencia, no voy a intentar dar una definición de Derecho. No doy la definición de otro, mucho menos voy a dar la mía. Una definición excluye e incluye al mismo tiempo. Marca un territorio. Hace que algunas materias caigan dentro del territorio, y que otras caigan fuera. Y la exclusión es casi siempre bastante arbitraria. Yo no tengo ningún deseo de excluir nada de la material jurídica. En un aspecto, el Derecho es tan amplio como la vida, y para algunos propósitos uno tendrá que seguir a la vida bastante lejos para obtener las orientaciones de los asuntos jurídicos que uno está examinando. Insisto, pues, en que no voy a intentar una definición. No voy a describir una periferia, un punto de partida, una barrera” (LLEWELLYN, Karl, “A Realistic Jurisprudence – The Next Step”, 30 *Columbia Law Review* 431 (1930), p. 431-432).

### **3.3. La crítica a la teoría formalista de la función judicial.**

El aspecto más relevante del realismo es por tanto su crítica a la teoría formalista de la función judicial (esto es, su crítica al modo de explicar la manera como los tribunales toman decisiones partiendo del modelo de la lógica deductiva, de un modelo “silogístico”). El punto de partida de esta crítica es la afirmación de que lo que le interesa al abogado (y al profesor de Derecho) es hacer predicciones (o enseñar a hacerlas) sobre el Derecho, es decir, sobre las decisiones de los tribunales. Para ello hay que investigar cómo, *de hecho*, tiene lugar el proceso de toma de decisiones de los jueces (y no cómo *debería* tener lugar este proceso), y

qué factores verdaderamente inciden en él. Y en esta investigación, la tesis central de los realistas consiste en señalar que *las normas jurídicas* (provengan de la ley o de otras sentencias) y los principios y conceptos jurídicos tradicionales (que son abstracciones a partir de reglas) *juegan un papel muy limitado (aunque no nulo, pero desde luego mucho menor de lo que pensaban los formalistas) como factor determinante de la toma de decisiones de los jueces*. Los jueces, de hecho, en muchas ocasiones no se guían por las normas, éstas son muy indeterminadas y no constriñen al juez tanto como se cree, sino que casi siempre le dejan un muy amplio marco de discrecionalidad, de modo que el juez en realidad decide movido además y sobre todo por otros factores extrajurídicos. Si esto es así, entonces, obviamente, *las normas jurídicas juegan también un papel muy limitado como criterio fiable para la predicción de las decisiones judiciales*<sup>4</sup>.

A partir de la anterior afirmación, podemos hacernos varias preguntas: (1) ¿Por qué las reglas de Derecho positivo juegan un papel tan limitado en la determinación de las decisiones?; (2) si las reglas formales no son el factor determinante de las decisiones judiciales, ¿qué es lo que las determina?; y (3) ¿por qué los jueces, en los fundamentos de sus sentencias, dicen que ellos sólo están aplicando reglas de Derecho?

(1) Los realistas dan varias razones como respuesta a la primera de estas preguntas. Estas razones pueden mostrarse como una serie de críticas al modelo silogístico o “de la subsunción” defendido por el formalismo, según el cual al juez le viene dada (por el Derecho) una premisa mayor (la norma jurídica general), y le viene dado (en el proceso) una premisa menor (los hechos concretos del caso que enjuicia), de modo que el juez se limitaría a subsumir los hechos concretos en la premisa mayor (en el supuesto de hecho abstracto de la

---

<sup>4</sup> Se trata, por supuesto, de una cuestión de grado, de énfasis. Y los realistas enfatizaron lo poco determinantes que son las normas “en los libros”, y por tanto lo poco útiles que resultan para predecir las decisiones judiciales si nos basamos únicamente en su texto. Lo cual no significa que los realistas sostuvieran que las normas juegan un papel nulo, ni mucho menos. Para algunos realistas especialmente radicales, como Frank, efectivamente el papel de las normas resulta ser *casi* irrelevante. Pero la mayoría de los realistas no fueron tan lejos, aunque a veces se les ha presentado así. Por ejemplo, es cierto que Llewellyn (un autor situado “en el centro” de este movimiento), en su época más radical, se refirió a las normas como meros “juguetes vistosos”; pero lo dijo en el siguiente contexto (en un libro dirigido a estudiantes): “...Y no puedes quedarte contento con sus palabras [las de los jueces]. Será su *acción*, y los medios disponibles para influir en su acción o para ordenar tus asuntos con referencia a su acción, lo que constituye el ‘Derecho’ que tienes que estudiar. Y las reglas, en todo esto, son importantes para ti en tanto en cuanto te ayudan a ver o predecir lo que harán los jueces, o en tanto en cuanto te ayudan a lograr que los jueces hagan algo. Ésa es su importancia. Ésa es toda su importancia, excepto como juguetes vistosos. Pero descubrirás que no te puedes permitir ignorarlas, igual que tampoco te puedes permitir quedarte sólo con haber aprendido sus palabras” (LLEWELLYN, Karl, *The Bramble Bush. On Our Law and Its Study*, ed. de 1960, p. 3).

norma), y extraería así, mecánicamente, deductivamente (sin valoraciones suyas, sin discrecionalidad) la única conclusión correcta del silogismo (la decisión particular, el fallo de la sentencia). Las críticas de los realistas a este modelo se dirigen sobre todo a la premisa mayor (el limitado papel de las normas se debe a su carácter indeterminado, por lo cual no suelen dictar una única solución al juez); pero algunos también atacaron, además, a la premisa menor (enfaticando la indeterminación de los hechos). Las críticas son, entre otras:

a) Ambigüedad.- Los *términos* incluidos en las normas son a menudo ambiguos (designan más de un concepto, tienen varios significados).

b) Vaguedad.- Esos *conceptos* (uno o, si hay ambigüedad, varios) designados por los términos son siempre (en mayor o menor medida) imprecisos: no podemos perfilar con exactitud el conjunto de propiedades necesarias y suficientes que configuran un concepto, de modo que ello provocará una zona de imprecisión a la hora de determinar si un determinado hecho particular cae o no en el campo de aplicabilidad de un concepto (establecerlo exigirá una decisión propia del juez, porque la norma no lo determina). Este problema se agudiza en el Derecho en la medida en que en él abundan conceptos “centralmente vagos” (buena fe, diligencia debida, libertad contractual...), cuya zona de indeterminación es mayor aún que su zona de claridad. Además, los realistas ya hablaron del problema de la “vaguedad potencial” del lenguaje (y del lenguaje jurídico), al que Hart denominó después “textura abierta”: incluso ante un concepto que hoy padezca muy poca vaguedad, nunca podemos excluir la posibilidad de que mañana surja una situación novedosa (era imposible para el legislador haberla previsto) de la que no sabremos si cae o no dentro del campo de ese concepto, de modo que un concepto que hasta ahora era preciso siempre puede convertirse en vago.

La ambigüedad (a) y la vaguedad (b), sea actual o potencial, mostrarían la *indeterminación lingüística* del Derecho, pues son problemas generales del lenguaje (que también afectan a términos y conceptos que aparecen tanto en el supuesto de hecho de la norma jurídica como en la consecuencia jurídica que ella establece). Las críticas de los realistas contra el “conceptualismo” propio del formalismo tradicional fueron dirigidas a enfatizar la importancia de estos problemas: los “grandes conceptos” jurídicos serían demasiado abstractos y padecerían estos problemas (los llamaron “conceptos-paraguas”, pues englobarían demasiadas cosas a la vez y servirían en realidad para cobijar o no bajo ellos determinados hechos en función de lo que en realidad decidiera el intérprete). Pero la determinación de la premisa normativa puede ser además problemática por dos problemas adicionales que pueden aparecer incluso aunque no hubiera indeterminación lingüística: el problema de las lagunas (c) y el de las antinomias (d). Aunque todas las normas fueran

lingüísticamente no-ambiguas y no-vagas, puede ocurrir que no contemos con una que resuelva el caso (laguna), o que tengamos dos o más reglas, nada ambiguas ni vagas cada una, que regulen el mismo caso pero dándole soluciones incompatibles entre sí (antinomia). Estos problemas mostrarían la *indeterminación sistemática* del Derecho, porque no los provoca el lenguaje sino el carácter no verdaderamente sistemático (pleno y consistente) del ordenamiento jurídico (aunque el formalismo creía en esa sistematicidad racional del Derecho). Así pues:

c) Lagunas.- Los realistas mostraron cómo el Derecho, especialmente el jurisprudencial, padece de lagunas, en cuyo caso el juez ha de decidir ejerciendo su discrecionalidad y acudiendo en última instancia a valoraciones y estándares no jurídicos (el recurso a la analogía, la costumbre, o los principios jurídicos, no excluye la discrecionalidad judicial, y a veces ni siquiera permite integrar las lagunas).

d) Antinomias.- Un realista, W.W. Cook, dijo que "los principios jurídicos, y también las reglas jurídicas, tienen el hábito de salir a cazar por parejas". Para cualquier decisión jurídica sobre un caso concreto, no es improbable que al menos dos normas sean igualmente relevantes y den respuestas incompatibles. La probabilidad aumenta si pensamos en la aplicación de un Derecho jurisprudencial como en buena parte es el norteamericano. Aunque el formalismo de Langdell los ocultara en su selección de casos a estudiar, no es muy difícil, si uno rastrea los repertorios de jurisprudencia, encontrar algún precedente judicial que ofrezca para ese tipo de caso una solución incompatible con la ofrecida por otro precedente que se haya invocado.

e) La extracción de la *ratio decidendi* y su deslinde respecto de los *obiter dicta*.- Al resolver casos aplicando precedentes judiciales anteriores, lo que vincula al juez aplicador no es el fallo *concreto* contenido en la sentencia anterior, sino la norma *general* (sea regla, doctrina o principio) contenida en la fundamentación de ese fallo. Pero el juez que aplica un precedente debe interpretar esa fundamentación para "extraer" de ella la norma (o las normas) que verdaderamente constituía la *ratio decidendi* de aquella sentencia, es decir, la norma en la que de verdad se basaba el fallo, la que aparece lógicamente vinculada con la decisión particular que en esa sentencia se había tomado, porque sólo eso es lo que al juez posterior le vincula y lo que debe aplicar. Esa interpretación para determinar cuál era la *ratio decidendi* permite al juez aplicador de sentencias anteriores un amplio margen de discrecionalidad y de valoración. En especial, lo que es verdaderamente *ratio decidendi* debe deslindarse de los meros *obiter dicta*, que son otros "comentarios marginales", consideraciones y reflexiones que "de paso" incluyó el juez en la fundamentación de su sentencia, pero en los cuales ese juez no había basado su fallo (los jueces lo suelen hacer para explicarse, o para adornarse, o

“a mayor abundamiento”, o para mostrar “qué hubiera pasado si...”, o para discutir interpretaciones alternativas que van a rechazar...). Pues bien: el juez que dictó aquella sentencia probablemente no distinguió expresamente qué pasajes y argumentos contenidos en su fundamentación constituyen “ratio” y cuáles son sólo “dicta”; y, para el juez posterior, a veces no es nada fácil trazar ese deslinde, y hacerlo no es cuestión de deducción lógica sino de la apreciación y valoración discrecional que él haga al interpretar ese precedente. Es más: es este segundo juez, y no el propio autor de la sentencia a interpretar, el “soberano” para trazar el deslinde entre ratio y dicta.

De modo que, incluso en el muy improbable supuesto de que el juez que dictó el precedente lo hubiera redactado explicitando claramente el deslinde (“lo que ahora voy a decir es ratio”, “el siguiente párrafo es sólo un obiter dictum”...), aún así, ese deslinde no vincula al juez aplicador del precedente, el cual podría demostrar, si lo argumenta bien, que en realidad la ratio de aquella sentencia no era lo que su autor dijo que era la ratio, porque no es consistente con el fallo de aquella sentencia (y viceversa, lo que se presentó como obiter dicta resulta que es ratio porque es lo que de verdad fundamenta el fallo que se tomó).

f) La analogía.- La argumentación por analogía es masivamente empleada por jueces y juristas, y más aún en un sistema de Common Law, donde se trata de buscar sentencias judiciales que serán o no aplicables en función de la similitud o no entre el caso que decidieron y el caso actual para el que pudieran servir de precedente. Pues bien: los argumentos analógicos (*a pari* o *a simili*, *a fortiori*, o *a sensu contrario*) no son argumentos deductivos, y en ello insistieron los realistas.

La conclusión que se extrae no es lógicamente necesaria, no es producto de una deducción lógica sino de una decisión valorativa del intérprete: a menudo la analogía se aplica ante lagunas que no son genuinas lagunas normativas, sino lagunas axiológicas (el caso en realidad sí tiene solución, pero el intérprete valora negativamente esa solución y “pide” que sea otra, que se echa en falta, como si hubiera una laguna); para establecer si existe o no la similitud que fundamenta la analogía, habrá que seleccionar ciertas propiedades respecto de las cuales se establecerá la comparación, y esa selección la hace el intérprete, no la dicta la lógica ni el Derecho; hecha la selección, es también una valoración del intérprete la que determina el grado o intensidad suficiente de similitud para poder aplicar la analogía; esa similitud –sobre todo, la determinación de las propiedades sobre las que hacer la comparación- se determina en función de algún principio (un fin social o un valor, que sea jurídico) que el intérprete entienda –es su valoración, no se lo dicta la lógica- que fundamenta o subyace a la norma que sí existe y que vamos a aplicar por analogía al caso lagunoso que debemos resolver; y es el intérprete quien también valora que ese principio resulta relevante para el caso lagunoso (es decir, por usar la expresión de nuestro Código Civil, el intérprete ha de valorar si existe o no “identidad de razón”, y antes, cuál sea esa “razón de ser” respecto de la cual los casos son parecidos y por tanto el caso lagunoso merece igual solución que la existente para el caso regulado). En el Common Law, al aplicar precedentes judiciales, es especialmente grande ese margen de maniobra del juez: si él desea que una sentencia anterior sea aplicable a su caso aunque parezca que versaba sobre un caso distinto, interpretará

ampliamente los hechos del precedente –o estrictamente los del caso actual- de modo que el caso actual se considere que cae en la clase de casos a la que pertenecía el caso que se decidió en ese precedente (generalizar el precedente para enfatizar sus similitudes básicas con el caso actual, despreciando como irrelevantes las peculiaridades que los distinguen). Y a la inversa, si el juez lo que desea es evitar la aplicación de un precedente que parece aplicable, interpretará estrictamente el caso que en él se decidió [o más ampliamente el caso actual], para enfatizar sus diferencias con el caso actual y depreciar lo que de común haya en ellos (la llamada “técnica del *distinguishing*”).

g) Todos los puntos anteriores son compartidos por un grupo de realistas conocidos como los "escépticos ante las reglas" (Llewellyn). Otros realistas (los llamados "escépticos ante los hechos", capitaneados por Frank) también compartían esas críticas a la premisa mayor dirigidas a mostrar el limitado papel de las normas en las decisiones judiciales (los escépticos ante los hechos lo eran también ante las reglas); pero fueron más radicales y añadieron un segundo tipo de críticas, dirigidas a la premisa menor, para mostrar la indeterminación derivada de la apreciación de los hechos.

Se trata de críticas tales como: 1) Énfasis en el carácter “elusivo” de los hechos cuando intentamos aprehenderlos (no recordamos cosas vistas hace no mucho; distintos testigos dan, de buena fe, versiones muy diferentes de los mismos hechos; distintos jueces o miembros del jurado aprecian de manera distinta las pruebas...). 2) Énfasis en que no podemos conocer hechos “brutos”, sólo conocemos hechos “interpretados”: no es posible un acceso absolutamente objetivo y neutral al conocimiento de hechos, porque seleccionamos y procesamos (interpretamos) la información que se presenta a nuestros sentidos en función de los conceptos que manejamos –creaciones nuestras por motivos de utilidad y en última instancia valorativos-, las teorías que aceptamos sobre cómo es el mundo, nuestros presupuestos teóricos y valorativos, nuestros prejuicios, ideología, etc.; en suma, el sujeto cognoscente se aproxima a los hechos cargado él de “cultura”, de la que no se puede despojar, y que opera como unas gafas que tiñen de algún color nuestra aprehensión de los hechos. 3) En una especie de círculo vicioso, seleccionamos la norma jurídica relevante en función de los hechos según la interpretación o apreciación que les damos, pero a la vez seleccionamos los hechos relevantes en función de las normas y de la interpretación que les damos. 4) Los juristas teóricos, obsesionados por las normas, estudian ante todo casos decididos en apelación por tribunales superiores, precisamente porque ahí lo que se discute es ante todo cuestiones de Derecho, no de hecho (en el sentido de que en los tribunales superiores no se vuelven a practicar las pruebas, los hechos quedaron fijados –por ejemplo, por el jurado- en primera instancia y no se reabre la discusión sobre si acaecieron o no); esta “*appellate-courtitis*” (en expresión de Frank) les lleva a perder de vista la indeterminación e impredecibilidad jurídica provocada por toda la problemática relativa a los hechos.

En definitiva, frente al formalismo, los realistas señalan que tanto una como otra premisa del llamado “silogismo judicial” son en realidad “construidas” por los jueces, y no son datos previos que “les vengan dados”.

(2) La respuesta a la segunda pregunta -qué es lo que realmente determina las decisiones de los jueces- permite dividir a los realistas en dos grupos o tendencias:

a) Aquellos (más moderados; p.e., Llewellyn) que ponen el énfasis en factores relativamente OBJETIVOS de tipo social, económico, cultural, profesional, institucional, etc. como la clase social del juez, su contexto social, su educación, su socialización dentro de una determinada cultura, su pertenencia a alguna corriente de pensamiento jurídico, la situación económica suya y la de su sociedad, el ambiente de la comunidad jurídica a la que pertenece (y las interpretaciones de las normas en ella dominantes), etc. Estos factores pueden considerarse en cierta manera objetivos, y cabría -con ayuda de ciencias sociales como la antropología, la sociología, la economía, la psicología social, la estadística, etc.- tratar de hacer afirmaciones generales sobre su incidencia en los jueces. De esta manera, muchos realistas sostuvieron que, atendiendo a estos factores, había que tratar de formular "reglas reales" (reglas "de hacer", descriptivas, distintas de las reglas jurídicas formales) que permitieran predecir con mayor fiabilidad la conducta de los jueces. Por esta vía, aún se podría recuperar parte de la certeza que se había perdido debido a la crítica sobre la indeterminación del "Derecho en los libros". Estas "reglas reales" no dirían simplemente que si alguien ha cometido un delito será sancionado con tal pena, sino que incluirían los citados factores socioeconómicos.

b) Aquellos (más radicales; p.e., Frank) que enfatizan sobre todo la importancia de factores totalmente SUBJETIVOS, propios de la psicología o la idiosincrasia peculiar de cada juez individual: intuiciones, corazonadas, prejuicios psicológicos, etc. Quienes ponen el acento en estos factores, confían mucho menos en reconstruir la certeza y predecibilidad del Derecho por medio de las ciencias sociales y la formulación de "reglas reales".

(3) Es en la respuesta a la tercera pregunta donde encontramos el punto más débil del realismo. Los realistas responden que los jueces recurren a reglas generales y al silogismo judicial sólo como forma de presentar (de "vestir") de una manera coherente y justificada sus decisiones. Los realistas dicen que el proceso, de hecho, es precisamente el contrario al señalado por el silogismo judicial: los jueces en realidad prueban con distintas premisas hasta encontrar una solución que les parece correcta (o parten, sin más, de la conclusión que prefieren), solución deseada debido a esos otros factores y no a que en realidad actúen

guiándose por las normas jurídicas; y, después, "construyen" *ad hoc* las premisas del modo más adecuado (buscan la interpretación de la norma y la apreciación de los hechos probados más coherente) con esa solución que desean, para hacer aparecer la decisión como una conclusión necesaria a partir de ellas, como si la hubieran alcanzado partiendo ellos mismos de esas premisas. Pero los jueces no pueden reconocer abiertamente que en realidad han seguido ese otro proceso, debido a la necesidad de mantener una apariencia de certeza y seguridad jurídica y de sometimiento al Derecho como guía de conducta.

La crítica a esta respuesta de los realistas se suele realizar a partir de una distinción que ellos olvidaron. En filosofía de la ciencia suele distinguirse entre el "contexto de descubrimiento" y el "contexto de justificación": la explicación del proceso que de hecho llevó a alcanzar un descubrimiento es una cosa, la justificación de su validez es otra.

El contexto de descubrimiento es la actividad consistente en descubrir y enunciar una teoría; el contexto de justificación es la actividad tendente a demostrar la validez de esa teoría confrontándola con los hechos y con otras teorías. Muchos de los grandes descubrimientos científicos fueron realizados de manera accidental: dice la leyenda que Newton descubrió la fuerza de la gravedad al ver caer una manzana; se dice que William Henry Perkin descubrió el primer colorante artificial por mera casualidad, mientras hacía experimentos químicos para tratar de extraer quinina del alquitrán; Anton van Leeuwenhoek, un pañero con muy escasos estudios, descubrió las bacterias gracias a su afición a construir pequeñas lentes de vidrio; Galileo demostró que la resistencia del aire podía retardar la caída de los cuerpos de gran superficie arrojando desde la torre inclinada de Pisa dos bolas de cañón de igual tamaño: una de hierro fundido y una de madera (las dos llegaron al suelo al mismo tiempo). Todos estos ejemplos explican cómo se llegó a ciertos descubrimientos: señalan los motivos o las causas que llevaron a sus descubridores a darse cuenta de ellos. Sin embargo, ninguno de estos ejemplos sirve como justificación de su validez: es posible que la manzana haya caído por otras razones, es posible que las bacterias no sean en realidad minúsculos seres vivos, es posible que las bolas de cañón caigan con la misma velocidad, pero que eso no implique lo que Galileo pretendía demostrar (que si su forma hubiera sido distinta, su velocidad hubiera sido distinta), etc. Para demostrar o confirmar de una manera rotunda estos descubrimientos es necesario insertarlos en el marco del resto de teorías y justificarlos o explicarlos a partir de leyes de la naturaleza. Esta segunda actividad es lo que se conoce como contexto de justificación.

Utilizando esta distinción entre ambos contextos puede decirse que los realistas han mostrado el limitado papel de las normas o reglas jurídicas tradicionales en el proceso por el que los jueces llegan a una conclusión (en el contexto de descubrimiento), pero de ahí no se infiere que los jueces no utilicen las reglas para justificar o mostrar la corrección de sus decisiones (en el contexto de justificación). Es posible que los jueces tomen las decisiones, al menos en parte, movidos por factores sociales y psicológicos; es posible que primero adopten la conclusión y luego traten de reconstruir las premisas; es posible incluso que se dejen llevar por prejuicios. Pero ello no anula ni convierte en imposible la necesidad de justificar la decisión: y este paso (la justificación), que es el realmente importante, sí se realiza por medio de normas y sí es intersubjetivamente controlable. El Derecho obliga a tomar decisiones que puedan "justificarse" jurídicamente, y no importa cómo llegó el juez de hecho a adoptar esas decisiones, con tal de que ofrezca buenas razones amparadas por el Derecho para presentar esa decisión.

### Bibliografía

- Liborio Hierro: El realismo jurídico escandinavo.
- Juan Antonio Pérez Lledó: El movimiento *Critical Legal Studies*.
- Juan Antonio Pérez Lledó: El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos.
- Juan Antonio Pérez Lledó: "La enseñanza del Derecho en Estados Unidos" (*Doxa*, nº 12).
- Renato Treves: Introducción a la sociología del Derecho.

## KELSEN

Hoy día no hay muchos filósofos del Derecho que se declaren kelsenianos. Sin embargo, la mayoría de las corrientes iusfilosóficas posteriores a Kelsen pueden agruparse en poskelsenianas o antikelsenianas. Algunos de estos últimos han llegado incluso a acusarle (a él, que pretendió hacer una teoría "pura" del Derecho, o precisamente por ello) de peligroso propalador de teorías sediciosas, decadente portavoz del conformismo pequeño-burgués e "inmoralista". Cuanto más radicales son las críticas, mejor muestran la enorme influencia de Kelsen. Esta influencia quizá se deba más a su tratamiento sistemático de todos los problemas jurídicos relevantes que a la solución que propuso para estos problemas. A partir de Kelsen la discusión de los filósofos del Derecho se centró en problemas como el de la función de la ciencia del Derecho, el concepto y los tipos de normas, el carácter sistemático del ordenamiento jurídico, la validez de las normas, la unidad del sistema, etc. En sus opiniones sobre estos temas, Kelsen es simultáneamente heredero de la tradición anterior (especialmente en lo que concierne al formalismo) y el primer filósofo del Derecho moderno. En este tema nos ocupamos sólo de las tesis expuestas en la edición de la Teoría Pura del Derecho de 1960.

### 1. La ciencia del Derecho de Kelsen.

Kelsen pretendió dotar a la ciencia del Derecho de un valor científico que fuera comparable al de las demás ciencias. Para ello, situó a la ciencia del Derecho dentro de un tipo de ciencias que consideró al mismo nivel que las ciencias formales y las ciencias fácticas: las ciencias normativas. Estas se caracterizan porque su objeto es el mundo de las normas o mundo del "deber ser". Así, mientras las ciencias formales (como la lógica y las matemáticas) se ocupan de la estructura o las relaciones formales que se pueden dar entre varios elementos y las ciencias fácticas se ocupan de hechos (de la naturaleza o de acciones humanas), las ciencias normativas se caracterizarían por ocuparse no del mundo del "ser", sino del "deber ser" o mundo normativo. Dentro de las ciencias normativas Kelsen sitúa a la

ciencia del Derecho (que se ocupa del estudio del Derecho positivo) y la ética descriptiva (que se ocupa del estudio de la moral social).

### **1.1. Características del modelo kelseniano de ciencia jurídica.**

El modelo de ciencia del Derecho propuesto por Kelsen se caracteriza por las siguientes notas:

1) La ciencia jurídica es normativa -ya lo hemos visto- en cuanto al objeto. Esto es, su objeto de estudio es el mundo del "deber ser", que Kelsen ve como una parcela de la realidad distinta del mundo de los hechos. El mundo del deber ser se diferencia del mundo del ser o de los hechos en que, mientras este último está regido por relaciones causales (que podrían expresarse en el enunciado: "Si es A, entonces *es B*"; "si se calienta un cuerpo metálico, entonces se dilata"), el primero está regido por "relaciones de imputación ("Si es A, *debe ser B*"; "si alguien mata a otro, debe ser sancionado con una pena privativa de libertad"). Las relaciones causales no dependen de ninguna voluntad humana, pueden dar lugar a cadenas ilimitadas de sucesos y pueden ser falsadas (esto es, puede demostrarse su falsedad) señalando un caso en que la relación no se dé (bastaría con encontrar un metal que no se dilatara con el calor para negar que exista una relación causal entre el calor y la dilatación de los metales). Por el contrario, las relaciones de imputación (el hecho de que si se da una determinada acción o estado de cosas, *debe* seguirle una determinada consecuencia) dependen de la voluntad de la autoridad, no forman cadenas ilimitadas de sucesos y no pueden ser falsadas por la circunstancia de que en un caso determinado a un estado de cosas no le siga su consecuencia correspondiente.

2) La ciencia del Derecho es pura. Esto significa que para Kelsen la ciencia del Derecho debía quedar desvinculada de cuestiones valorativas (separación frente a la ética), por un lado, y de consideraciones empíricas, sociológicas o psicológicas, por otro.

De esta manera, el panorama de las ciencias, tal como lo diseña Kelsen, podría representarse en el siguiente cuadro:

## M E T O D O

		CAUSALIDAD	IMPUTACION
O			
B	NATURALEZA	Ciencias naturales	Pensamiento primitivo
J			
E			
T	SOCIEDAD	Ciencias sociales	Ciencias normativas
O			

3) En cuanto a su función, la ciencia del Derecho es descriptiva (de manera que es una ciencia normativa en cuanto al objeto, pero descriptiva en cuanto a su función): la ciencia del Derecho no debe prescribir comportamientos o realizar propuestas con alcance normativo acerca de cómo debe ser el Derecho. Así, la ciencia del Derecho debe limitarse a describir las normas (por medio de "enunciados descriptivos de deber ser"), a señalar el marco de interpretación de una norma, pero sin elegir una de las posibles interpretaciones, y a resolver las contradicciones que puedan surgir.

### 1.2. Los "enunciados descriptivos de deber ser".

Una de las ideas centrales de la teoría de la ciencia del Derecho de Kelsen es su caracterización de los enunciados propios de la misma. Así como las normas constituyen el lenguaje propio del Derecho, el lenguaje de la ciencia del Derecho está constituido por enunciados descriptivos. Con esto Kelsen trata de establecer de una manera clara que la ciencia del Derecho, y el lenguaje de la ciencia del Derecho, no son parte del Derecho mismo (algo que las corrientes iusfilosóficas anteriores no habían tenido tan claro: ni Savigny ni Ihering, por ejemplo, habían establecido claramente la diferencia entre los enunciados del Derecho y los de la ciencia del Derecho). Ahora bien, lo que la ciencia del Derecho trata de describir es la existencia o validez de las normas, esto es, que determinada conducta "debe ser" (y no que determinada conducta será probablemente aplicada por los jueces, o que en caso de incumplimiento se seguirá de hecho un sanción). Los enunciados de la ciencia del Derecho no dicen que, conforme al ordenamiento jurídico de un país, si alguien ha realizado una determinada conducta, probablemente será sancionado, sino que *debe ser sancionado*. De

esta manera, los enunciados de la ciencia del Derecho también han de incluir la expresión

"deber ser". Sobre esto escribe Kelsen:

"La ciencia del Derecho no puede expresar de otra manera la relación establecida por la norma jurídica, sino mediante la cópula verbal 'deber'. Para reproducir el sentido específico con el cual la norma jurídica se dirige a los órganos y sujetos del Derecho no puede formularse el enunciado jurídico sino como una oración que afirma que, conforme a un determinado orden jurídico positivo, bajo determinadas condiciones, debe producirse una determinada consecuencia. Dado que la afirmación de que una norma que ordena, autoriza o permite (positivamente) determinada conducta se encuentra 'en vigencia' o tiene 'validez' no puede querer decir que esa conducta efectivamente se produce, sólo puede querer decir que esa conducta debe producirse").

En otros términos: los enunciados de la ciencia del Derecho -que Kelsen llama "enunciados descriptivos de deber ser"- *reproducen* el deber ser de la norma. Esto hace que, en ocasiones, Kelsen hable como si en realidad se tratara de una categoría intermedia entre las genuinas normas y las meras descripciones (que se refieren al mundo de los hechos); como si, al referirse al mundo del deber ser, de alguna manera el carácter normativo "contaminase" a los enunciados de la ciencia del Derecho (lo veremos a propósito de su afirmación de que las normas jurídicas no pueden contradecirse lógicamente, pero sí los enunciados descriptivos de deber ser).

Esta caracterización de los enunciados descriptivos de deber ser es susceptible de crítica: si estos enunciados tienen cierto carácter prescriptivo, como parece deducirse de algunas afirmaciones de Kelsen, esto es, si los juristas teóricos "reproducen" el deber ser de la norma y explican el Derecho como si asumieran esa obligatoriedad, entonces podemos preguntarnos hasta qué punto es esto compatible con la pretensión kelseniana de que la ciencia del Derecho sea puramente descriptiva.

## 2. La teoría del Derecho de Kelsen.

### **2.1. Concepto y tipos de normas.**

#### 2.1.1. *El concepto de norma.*

Como se recordará, Austin definió las normas jurídicas como mandatos generales, formulados por el soberano a sus súbditos, en los que éste expresaba su deseo o voluntad de que realizaran una determinada acción, y respaldaba este deseo con la amenaza de una sanción. El concepto de norma de Kelsen es, en algunos aspectos, similar al de Austin,

aunque presenta también algunas diferencias. Para Kelsen, debe distinguirse entre enunciados descriptivos y enunciados prescriptivos o de deber ser (aunque, como hemos dicho, a propósito de la ciencia jurídica introdujo la categoría de "enunciados descriptivos de deber ser"). Las normas jurídicas son enunciados de este segundo tipo, esto es, son enunciados en los que se establece que un determinado sujeto *debe hacer* una determinada acción. La principal diferencia con Austin es que para Kelsen las normas no son expresión de una voluntad real y subjetiva (la del soberano), sino que se independizan de la autoridad que las dictó. Esto permite sortear dificultades como la de explicar la permanencia de las normas cuando cambia el soberano o el carácter normativo de las costumbres.

### 2.1.2. *La estructura de las normas.*

Para explicar la estructura de las normas jurídicas, Kelsen señala dos técnicas de motivación de la conducta, que le permiten distinguir distintos tipos de normas: la "motivación directa" y la "motivación indirecta" de la conducta. La motivación directa consiste en dar normas que indican cuál es la conducta deseable y se pretende motivar a la gente exclusivamente por la autoridad de quien dio la norma o la racionalidad de la misma. Este es el tipo de motivación propio de las normas morales, que no establecen un sistema de sanciones institucionalizado. La motivación indirecta se caracteriza en cambio porque se pretende motivar a la gente, no indicándole directamente la conducta deseable, sino estableciendo una sanción para la conducta indeseable o un premio para la deseable. Las normas jurídicas, en opinión de Kelsen, responden este segundo tipo de motivación.

Las anteriores consideraciones llevan a Kelsen a señalar que todas las normas jurídicas (sin excepciones) tienen la siguiente estructura: "Si A, debe ser S", donde S representa una sanción. Por tanto, para Kelsen todas las normas jurídicas establecen sanciones. Además, como consecuencia de ello (aunque Kelsen se resiste a decirlo abiertamente), los destinatarios de las normas jurídicas son los jueces y funcionarios encargados de disponer la ejecución de una sanción o de ejecutarla.

### 2.1.3. *Tipos de normas: normas primarias y normas secundarias.*

Lo anterior no debe hacernos pensar que las normas jurídicas no tienen relación con los ciudadanos en general. Aunque *directamente* las normas jurídicas, tal como las concibe Kelsen, se dirigen a los órganos de aplicación del Derecho, *indirectamente* se dirigen al resto de ciudadanos (pues constituyen un medio indirecto de motivación de la conducta). Para dar cuenta de esta idea, Kelsen distingue entre normas primarias y normas secundarias. Las normas primarias son aquellas que responden a la estructura antes mencionada, esto es, aquellas dirigidas a los órganos de aplicación del Derecho estableciendo sanciones. Estas son las genuinas normas jurídicas. Las normas jurídicas secundarias son meros derivados lógicos de las normas primarias (en realidad, no son verdaderos componentes del Derecho y su enunciación sólo sirve a efectos de una explicación más clara del Derecho). De acuerdo con Kelsen, la regla de transformación de un tipo de normas al otro es la siguiente: Si una norma primaria establece "Dado una acción A, debe ser S", la norma secundaria que se deriva de ella dice que "No debe ser A".

#### 2.1.4. *¿Existen normas que no establecen sanciones?*

Uno de los principales problemas que plantea la teoría de las normas de Kelsen es que, si analizamos el contenido de cualquier ordenamiento jurídico, nos encontraremos con disposiciones que no establecen sanciones (por ejemplo, la mayor parte de las normas que integran una constitución señalando derechos y estableciendo garantías, las normas que confieren poderes, las normas procedimentales, etc.). ¿Qué cabida puede dárseles en la teoría de Kelsen? La respuesta de este autor es que estas disposiciones no constituyen normas completas, sino fragmentos de normas que establecen sanciones. Así, gran parte de los enunciados que integran un ordenamiento jurídico serían para Kelsen parte del antecedente de una norma (en cuyo consecuente figuraría una sanción). Un ejemplo de norma kelseniana completa sería el siguiente (el ejemplo, basado en el Derecho argentino, es de C.S. Nino):

"Si la mayoría simple de un cuerpo integrado por los representantes electos del pueblo ha establecido un enunciado que dice 'el que mata a otro será castigado con prisión de 8 a 25 años'; si otro cuerpo integrado por los representantes de las provincias ha formulado un enunciado similar; si un funcionario elegido por el cuerpo electoral lo ha promulgado y hecho publicar; si alguien ha matado, si un funcionario lo ha acusado ante otro designado por el poder ejecutivo con acuerdo del Senado con la función de resolver asuntos de este tipo; si el acusado ha prestado declaración y un abogado elegido por él

lo ha defendido; si se dio oportunidad para que se ofrezcan pruebas; si tales pruebas son suficientes según determinados criterios; si el hecho no se produjo en legítima defensa o por error, etc.; si se da todo eso, el acusado debe ser condenado por el juez a cumplir entre 8 y 25 años de prisión".

En definitiva, un sistema jurídico estaría integrado, según Kelsen, de tantas normas como sanciones se prevean, siendo cada norma extraordinariamente compleja (dado que su antecedente sería la conjunción de un enorme número de condiciones). Esto implica que una misma norma puede estar dictada a través de muchos actos legislativos realizados en épocas diferentes por distintas personas, pues los enunciados que integran el antecedente pueden no ser formulados en un mismo tiempo y por la misma autoridad.

## **2.2. El carácter sistemático del Derecho: el tratamiento kelseniano de las lagunas y las contradicciones normativas.**

Quizá donde Kelsen muestra más claramente la influencia del formalismo es en su tratamiento del problema de las lagunas y las contradicciones. Para Kelsen el ordenamiento jurídico es un sistema, en el sentido de que carece de lagunas y contradicciones, y defendió "con uñas y dientes" esta creencia. Veamos sus argumentos.

### *2.2.1. Las lagunas.*

Según Kelsen, todo ordenamiento jurídico incluye un "principio de clausura", según el cual "Todo lo que no está prohibido, está permitido". Si efectivamente todos los ordenamientos incluyen una cláusula de este tipo, entonces es lógicamente imposible que existan lagunas normativas en dicho ordenamiento, porque en el caso de que una acción no esté regulada por ninguna norma, entonces tal acción no está prohibida, y de acuerdo con el principio de clausura, estará permitida. En palabras de Kelsen:

"Contrariamente a lo que piensa la doctrina tradicional, no es verdad que la aplicación del orden jurídico sea imposible en el caso de que exista una laguna (...) No hay lugar a dudas de que si es imposible aplicar una norma determinada en particular, hay que aplicar el ordenamiento jurídico (...) Y cuando éste no establece la obligación de realizar una conducta determinada [o la prohibición de realizar la conducta contraria; recuérdese que obligación y prohibición son interdefinibles], está permitiendo tal conducta".

Es cierto sin embargo que los juristas hablan de lagunas; Kelsen señala que al hacerlo están tratando de presentar como un caso de incompletitud del sistema lo que en realidad no es sino un desacuerdo valorativo o político con la solución establecida en el ordenamiento.

El problema de la teoría kelseniana de las lagunas es que no deja claro el estatus del principio de clausura. Kelsen parece pensar que se trata de un principio necesario de todo ordenamiento jurídico; esto es, que si no se encuentra explicitado, aun así hay que entenderlo implícito en cualquier sistema jurídico. Alchourrón y Bulygin han criticado esta manera de excluir las lagunas de los sistemas normativos:

En opinión de estos autores, puede hablarse de dos tipos de permisos: permisos en sentido fuerte y permisos en sentido débil:

- a) En sentido fuerte, una acción *A* está permitida en un sistema normativo cuando existe una norma de ese sistema que dice "Permitido *A*".
- b) En sentido débil, una acción *A* está permitida en un sistema normativo cuando en dicho sistema *no* existe ninguna norma que diga "Prohibido *A*".

En definitiva: una acción está permitida en sentido fuerte cuando está expresamente permitida por una norma del sistema, y está permitida en sentido débil cuando no existe ninguna norma que la prohíba. Si trasladamos esta distinción entre permisos en sentido fuerte y en sentido débil al principio "Todo lo que no está prohibido, está permitido", entonces podemos sustituir "está permitido" por alguno de los dos sentidos de permiso y obtener así una versión fuerte y una versión débil del principio de clausura:

- a) En sentido fuerte, el principio de clausura diría "Todo lo que no está prohibido, está expresamente permitido por una norma del sistema". Pero esta afirmación es contingente: es posible que en algunos sistemas sea cierto que exista esta norma que permite expresamente lo que no esté prohibido y en otros no; depende de si el legislador ha emitido o no esta norma, por lo que no tiene el carácter necesario que le confería Kelsen.
- b) En sentido débil, el principio de clausura diría "Todo lo que no está no prohibido, no está prohibido por una norma del sistema", lo que sí es una afirmación necesaria, pero también trivial, obvia e inútil: nos dice simplemente que si una norma no está prohibida en el sistema,

entonces no está prohibida en el sistema, pero no nos dice cómo solucionar la laguna, esto es, qué calificación darle a la acción no prohibida.

### 2.2.2. *Las contradicciones.*

Es en el tratamiento de las contradicciones donde Kelsen se encuentra con mayores dificultades para presentar un modelo perfecto (sin lagunas ni contradicciones) de sistema jurídico, hasta el punto de que muchas de sus afirmaciones resultan sin duda absurdas. Para comprender su tratamiento de las contradicciones es preciso adelantar su noción de validez: dicho muy brevemente (en el próximo apartado volveremos sobre esto), para Kelsen una norma es válida cuando ha sido emitida de acuerdo con el procedimiento y el contenido establecido en la norma jerárquicamente superior a ella; así, toda norma superior determina el procedimiento y el contenido de la norma inferior. Además, la validez de las normas equivale a su existencia y a su obligatoriedad (no puede darse una norma válida que no exista, ni una norma existente y no obligatoria). Una vez dicho esto, la argumentación de Kelsen sobre las contradicciones -bastante compleja y sorprendente- podría sintetizarse en los siguientes puntos:

- a) Aparentemente, existen contradicciones entre normas, porque nos podemos encontrar con casos en los que una norma determina una conducta como debida y otra norma obliga a una conducta incompatible con la primera, de manera que no es posible cumplir ambas normas.
- b) Pero estos conflictos entre normas no son contradicciones en el sentido estricto (lógico) de la palabra; en realidad, no pueden existir contradicciones lógicas entre normas, por varias razones: (b.1) Las contradicciones surgen entre aquellos enunciados que tienen entre sí una relación según la cual sólo uno de ellos puede ser verdadero: si uno es verdadero, el otro es falso (en general, los principios lógicos sólo se aplican a enunciados que pueden ser verdaderos o falsos). En cambio, las normas no pueden ser ni verdaderas ni falsas, por lo que no pueden darse contradicciones entre ellas. (b.2) Para Kelsen la validez de las normas equivale a su existencia y a su obligatoriedad: una norma no obligatoria no puede existir, la obligatoriedad o fuerza normativa (el que una norma deba ser cumplida) es el tipo peculiar de existencia de las normas (de acuerdo con su definición, según la cual una norma es un enunciado de deber ser). Ahora bien, dadas dos normas contradictorias no pueden ser ambas

obligatorias, luego no pueden coexistir: una de ellas no existe, por lo que el conflicto de normas es solo aparente.

c) Los enunciados propios de la ciencia del Derecho sí son enunciados descriptivos (por lo tanto, verdaderos o falsos) y reproducen el deber ser de las normas. Por tanto, si aparentemente existen dos normas que regulan de manera incompatible una misma conducta, surge una contradicción en la ciencia del Derecho cuando trata de describir ambas normas.

d) La ciencia del Derecho debe resolver la contradicción que surge en ella describiendo el Derecho sin incompatibilidades, de acuerdo con los siguientes criterios:

(d.1) Si se trata de normas de igual jerarquía, hay que distinguir si fueron promulgadas en diferente tiempo o en el mismo. En el primer caso, el conflicto se soluciona de acuerdo con el criterio *ley posterior*. En el segundo caso, hay que tener en cuenta el ámbito de aplicación de ambas normas. Si el ámbito de aplicación es distinto, el conflicto debe solucionarse de acuerdo con el criterio *ley especial*. Si el ámbito de aplicación es el mismo, este principio no puede aplicarse (ni tampoco el de *ley posterior* o *ley superior*, porque estamos hablando de leyes con igual fecha de promulgación e igual jerarquía), de manera que hay que solucionar el conflicto fundiendo disyuntivamente ambas normas en una nueva norma que recoja ambas alternativas (entre las cuales el juez está facultado para elegir). Así, una norma que diga "si alguien comete adulterio debe ser castigado" y otra que diga "si alguien comete adulterio no debe ser castigado" deben fundirse en una norma que diga "si alguien comete adulterio debe ser castigado o no debe ser castigado".

(d.2) La afirmación más sorprendente de Kelsen a propósito de las contradicciones surge en su tratamiento de las contradicciones entre normas de diferente jerarquía. Si en el resto de casos la ciencia del Derecho debía resolver los conflictos aparentes, en este caso el conflicto se resuelve si nos damos cuenta de que todas las normas incluyen una "cláusula alternativa tácita" según la cual la autoridad inferior puede hacer caso a lo que determina la norma superior *u omitir hacerle caso*.

Para comprender esta afirmación hay tener en cuenta que para Kelsen la validez (y por lo tanto la existencia y la obligatoriedad) de una norma depende de que esta norma haya sido emitida de acuerdo con el procedimiento y el contenido establecido en una norma superior (de manera que no puede existir una norma que contradiga la norma superior). Por

ello, cuando aparece un conflicto entre una norma de rango superior y una de rango inferior, sólo caben las siguientes soluciones: (i) O bien la norma de rango inferior que no ha respetado el contenido o el procedimiento de la norma superior no existe (porque no ha llegado a ser válida), en cuyo caso no se puede explicar por qué esas normas son en muchas ocasiones tenidas en cuenta y aplicadas por los jueces (por lo menos hasta que sean declaradas irregulares o inconstitucionales); (ii) o bien se sostiene que el conflicto es meramente aparente, porque las normas superiores en realidad autorizan a dictar una norma inferior con el procedimiento y el contenido que ellas señalan o (tácitamente) con cualquier otro. Es decir, señalan un procedimiento y un contenido, pero no lo imponen obligatoriamente. Esta es la solución de Kelsen:

"El sentido de las normas constitucionales que regulan la legislación no es que las leyes válidas sólo pueden llegar a ser de la manera que la constitución directamente determina, sino también que pueden llegar a ser a través de otra manera que el órgano legislativo mismo establecerá. La constitución faculta al legislador a producir normas jurídicas generales también en un procedimiento distinto del determinado directamente por las normas de la constitución, dándoles otro contenido del que determinen directamente las normas constitucionales (...) Las disposiciones constitucionales que regulan la legislación tienen el carácter de disposiciones alternativas".

En resumen, los conflictos entre normas se disuelven con los siguientes criterios:

Normas de igual jerarquía	Diacrónicas	Ley posterior
		Distinto ámbito: Ley especial
Normas de diferente jerarquía	Sincrónicas	Igual ámbito: Fusión disyuntiva
		Cláusula alternativa tácita

El tratamiento de las contradicciones de Kelsen es susceptible de numerosas críticas. Algunas de ellas serían las siguientes:

a) La afirmación de Kelsen de que las contradicciones no se dan en el nivel de las normas, sino en el nivel de los enunciados de la ciencia del Derecho, es difícil de entender. Cuando se describe una contradicción nos situamos en un nivel del lenguaje superior, por lo que en este nivel no hay contradicción. Supongamos que Alfredo dice "Mañana lloverá" y después

"Mañana no lloverá"; en este caso Alfredo se ha contradicho. Pero si Pedro, comentando lo que ha dicho Alfredo, afirma "Alfredo ha dicho que mañana lloverá y que mañana no lloverá", Pedro no incurre en ninguna contradicción.

c) El recurso a la "cláusula alternativa tácita" tiene como consecuencia una disolución del sistema, o una imposibilidad de cumplir sus funciones. Supóngase que en efecto cada norma dijera que puede dictarse normas inferiores de acuerdo con el procedimiento, la autoridad y el contenido establecido en ella o con cualquier otro: si esto fuera así, cualquier procedimiento sería válido para dictar normas jurídicas obligatorias, cualquier persona sería autoridad jurídica y todas las normas obligarían a realizar una acción o cualquier otra (con lo que no servirían para dirigir la conducta).

### **2.3. El concepto de validez. La crítica de Ross al concepto de validez de Kelsen.**

Como sabemos, el término "validez" puede tener un sentido descriptivo, que viene a coincidir con el de existencia o pertenencia al sistema, y un sentido prescriptivo, que coincide con el de obligatoriedad (la norma debe ser obedecida). Kelsen asume una noción de validez que aúna ambos sentidos: para Kelsen una norma válida es, a la vez, una norma existente y una norma que debe ser obedecida. Más aún: la existencia de las normas consiste precisamente en su carácter obligatorio. De manera que una norma válida es siempre una norma existente y obligatoria.

Por otro lado, la validez de una norma depende -como hemos visto- de su adecuación con el contenido y el procedimiento (donde podemos incluir la autoridad competente) establecido en una norma superior, esto es, depende de ciertas formalidades cuyo cumplimiento puede ser comprobado empíricamente.

Una de las principales críticas a este concepto de validez se debe a Alf Ross. Este autor considera que el concepto de validez de Kelsen no es realmente un "concepto empírico" o puramente descriptivo, sino un concepto metafísico. Es más, Ross considera que Kelsen puede ser calificado de "cuasi-positivista", pero no de plenamente positivista, en la medida en que su teoría incluye una afirmación propia del iusnaturalismo:

Para Ross, el iusnaturalismo se caracteriza por las siguientes tesis: (a) Existe un Derecho natural; (b) sólo es Derecho el Derecho natural y el Derecho positivo que no

contradice al Derecho natural; (c) la obligatoriedad de las normas es un concepto que va más allá del mero sentirse psicológicamente vinculado por una norma (no es la creencia en un deber, sino un deber objetivo). Pues bien, Kelsen asume este último punto. Para él decir que una norma es obligatoria no es decir que los destinatarios de la misma se sienten vinculados por ella, sino decir que objetivamente es obligatoria, que debe cumplirse el contenido de la misma. Los iusnaturalistas basan este deber objetivo en la coincidencia de la norma positiva con el Derecho natural (la moral), pero este recurso le está vedado a Kelsen por su expresa intención de separar el Derecho y la moral, por lo que su concepto de obligatoriedad resulta "misterioso" y "metafísico". Además, cuando se trata de describir el Derecho, los juristas teóricos deben hacerlo asumiendo (aunque sea hipotéticamente) este sentido objetivo de obligatoriedad (lo que plantea -como dijimos también a propósito de los enunciados descriptivos de deber ser- la pregunta de hasta qué punto la ciencia del Derecho es realmente descriptiva).

#### **2.4. La unidad del sistema: la norma básica.**

Si la validez de una norma depende de su adecuación con la norma superior, cuando llegamos a la constitución -o a la norma jerárquicamente superior de todo el sistema- podemos preguntarnos de qué depende su validez. La respuesta de Kelsen es que hay que presuponer, a la manera de una hipótesis, la existencia de una norma que prescribe que la constitución es válida (que existe y debe ser). De esta manera, si un jurista quiere describir el ordenamiento jurídico como una unidad, y si quiere explicar por qué las normas son obligatorias, debe recurrir a una hipótesis o ficción: debe presuponer que existe una norma hipotética fundamental que cierra el sistema, cuyo contenido es: "Debe ser lo que diga la constitución".

Ahora bien, esta norma fundamental sólo es presupuesta por los juristas si el sistema jurídico, en su conjunto, es eficaz, esto es, si es realmente -de hecho- obedecido.

También el recurso a la norma hipotética fundamental ha sido objeto de numerosas críticas. Algunas de ellas son las siguientes:

a) En primer lugar, resulta insatisfactorio que todo el sistema descansa en una hipótesis: ¿la obligatoriedad del Derecho puede ser sólo una hipótesis? Se diría que más que ofrecer una solución, Kelsen pretende negar el problema.

- b) En segundo lugar, que la eficacia global del sistema normativo sea requisito para presuponer la norma básica, resulta incompatible con el intento de Kelsen de excluir consideraciones empíricas de la descripción del Derecho.
- c) En tercer lugar, se introducen dos criterios de validez: uno para las normas derivadas (la correlación con la norma superior) y otro para la norma jerárquicamente superior (correlación con una norma hipotética).
- d) Kelsen no puede escapar a un "regreso al infinito", porque una vez presupuesta la norma fundamental, ¿qué nos impide preguntarnos por la validez de la misma? La respuesta debe ser la existencia de una norma más fundamental aún, que a su vez será válida porque existe una norma todavía más superior que dirá que es válida, que a su vez...
- e) Además, el criterio de la norma fundamental no sirve para individualizar un sistema jurídico de otro: el contenido de la norma fundamental del ordenamiento jurídico español diría que "debe ser lo que dice la Constitución de 1978", por lo que, para saber qué dice la norma fundamental, hay que individualizar primero el sistema al que nos queremos referir.

## **2.5. La teoría de la función judicial: la interpretación del Derecho. Derecho y lógica.**

Lo que podríamos llamar "teoría de la función judicial" kelseniana se caracteriza por tres afirmaciones:

- a) En primer lugar, para Kelsen toda norma tiene un grado de indeterminación (intencional o accidental), por lo que siempre existe un grado correspondiente de discrecionalidad del juez a la hora de fijar el significado de las normas.
- b) En segundo lugar, para Kelsen los principios de la lógica no son aplicables directamente a las normas (puesto que éstas no son verdaderas o falsas), pero sí indirectamente (a través de los enunciados descriptivos de deber ser que se refieren a dichas normas): dos normas se contradicen cuando existe una contradicción entre los enunciados que las describen, y una norma se deduce de otra cuando el enunciado que describe la primera se deduce del enunciado que describe la segunda. De esta manera, el Kelsen de la edición del 60 de la Teoría pura del Derecho salva la aplicabilidad (aunque indirecta) de la lógica al Derecho. De acuerdo con esta afirmación, Kelsen señala que la sentencia (en cuanto norma individual) se deduce (de esta manera indirecta) de la norma general aplicable al caso:

- Si alguien mata a otro, el juez competente debe imponerle la sanción X (norma general)
- Alfredo ha matado a otro (juicio de hecho)
- El juez competente debe imponer a Alfredo la sanción X.

c) Pero, al mismo tiempo, Kelsen sostiene que cuando el juez dicta una sentencia está creando, constituyendo, una norma individual. Las normas sólo existen si se da una declaración de voluntad de la autoridad (en este caso, el juez). En otras palabras, las sentencias de los jueces sólo existen y son válidas si el juez las dicta. Esta afirmación -el carácter constitutivo de las sentencias judiciales- es incompatible con la afirmación anterior de que las normas individuales se infieren o deducen de las generales: lo que se infiere es el contenido que debe tener la norma, no la existencia de la norma misma.

#### BIBLIOGRAFIA

- Manuel Atienza: Introducción al Derecho.
- Hans Kelsen: Teoría pura del Derecho.
- Carlos S. Nino: Introducción al análisis del Derecho.
- Alf Ross: El concepto de validez y otros ensayos.
- Juan Ruiz Manero: Jurisdicción y normas.

## ALF ROSS

Las principales tesis de Alf Ross sobre el Derecho y la ciencia del Derecho pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

- a) El Derecho es un conjunto de directivas concernientes a la aplicación de la fuerza.
- b) Las normas jurídicas son directivas dirigidas a los jueces.
- c) La ciencia del Derecho tiene por objeto la descripción del Derecho vigente en un país determinado.
- d) La ciencia del Derecho es una ciencia fáctica (empírica) y sus proposiciones versan sobre hechos empíricamente verificables.
- e) Los enunciados de la ciencia del Derecho son aserciones acerca del Derecho vigente. Su forma típica es: "La norma N es Derecho vigente en el país P".
- f) La aserción "N es Derecho vigente" es una predicción de que la norma N será aplicada en el futuro por los jueces.

Como puede verse, una concepción de este tipo es radicalmente distinta de la de Kelsen. Si Kelsen habla de Derecho válido, Ross habla de Derecho vigente; si Kelsen sostiene que el objeto de la ciencia del Derecho es el mundo del deber ser, para Ross es el mundo del ser; si para Kelsen los enunciados de la ciencia del Derecho reproducen el deber ser de las normas, para Ross son predicciones de la futura conducta de los jueces. Las divergencias entre ambas teorías se pueden explicar mejor si nos damos cuenta de dos cuestiones: (a) En Ross es el modelo de ciencia del Derecho que propone el que determina su visión del Derecho, y no al revés (y otro tanto ocurre probablemente en Kelsen); (b) a su vez, este modelo de ciencia del Derecho está influido por las tesis del empirismo lógico.

### 1. La influencia del empirismo lógico.

El empirismo lógico es una corriente filosófica cuyos principales rasgos son los siguientes:

a) El empirismo lógico sostiene que sólo son enunciados significativos aquellos que pueden ser verdaderos o falsos de acuerdo con su contrastación empírica (principio de verificación).

b) Consecuentemente, el empirismo lógico propone la traducción de los enunciados de las ciencias que no cumplan con el principio de verificación a enunciados contrastables empíricamente, expulsando el resto de enunciados del ámbito de las ciencias.

En el ámbito del Derecho, los realistas escandinavos (un grupo de autores de los países escandinavos y de orientación realista, como Hagerstrom y Olivecrona), influidos por estas tesis, negaron el carácter significativo de conceptos abstractos como "derecho subjetivo", "deber jurídico", "propiedad", etc. y trataron de traducirlos a enunciados y conceptos psicológicos acerca de creencias, estados de ánimo, emociones, etc. que ciertas palabras y ritos suscitan en la gente. Alf Ross, aunque se incluye entre los realistas escandinavos, no es de los más radicales, pero pretende también aplicar los principios del empirismo lógico a la ciencia del Derecho. De esta manera, en su opinión se debe proponer un modelo de ciencia del Derecho cuyo objeto sean hechos relacionados con las normas y cuyos enunciados sean contrastables empíricamente.

## 2. El modelo de ciencia del Derecho de Alf Ross.

Ross presenta un modelo de ciencia jurídica cuyos rasgos más característicos serían los siguientes:

a) Su objeto no estaría constituido por el "mundo del deber ser", a diferencia del modelo de Kelsen, sino por hechos comprobables empíricamente. Ello le lleva sustituir la idea de validez del Derecho por la idea de vigencia del Derecho, que -a diferencia del concepto de validez kelseniano- es, en última instancia, un hecho social. Para Ross el Derecho vigente es el conjunto de normas que los jueces aplican porque sienten como vinculantes, por lo que permiten predecir la conducta futura de estos jueces. En palabras de Ross:

"Derecho vigente significa el conjunto abstracto de ideas normativas que sirve como esquema de interpretación para los fenómenos del Derecho en acción, lo que a su vez quiere decir que esas normas son seguidas efectivamente porque son experimentadas y sentidas como socialmente vinculantes por el juez y otras autoridades legales que aplican el Derecho".

Como puede observarse, esta definición -y el concepto de Derecho vigente- hace referencia a tres aspectos: (1) Un conjunto de regularidades de conducta (lo que Ross llama el "derecho en acción", esto es, la conducta de los jueces); (2) un conjunto de normas que permiten interpretar esas regularidades (las "ideas normativas"); y (3) un sentimiento de vinculatoriedad de los jueces hacia esas normas. Este último aspecto es necesario para poder distinguir qué regularidades forman parte del Derecho y qué regularidades no: en la conducta de los jueces pueden distinguirse acciones que no se corresponden con normas sentidas por los jueces como vinculantes.

b) La tarea de la ciencia del Derecho es, por tanto, determinar cuál es el Derecho vigente en una sociedad. Sus enunciados tienen la siguiente forma característica: "N es una norma vigente en el Derecho Y". Para determinar qué normas están vigentes en una sociedad (esto es, para verificar estos enunciados), la ciencia del Derecho ha de recurrir a un método empírico: debe observar las decisiones de los jueces para determinar si efectivamente éstos aplican una determinada norma y si lo hacen porque se sienten obligados por ella.

c) El modelo de ciencia del Derecho de Ross tiene una función predictiva. Una vez verificados los enunciados de la ciencia del Derecho, éstos permiten prever la conducta futura de los jueces. Ahora bien, para que la predicción sea posible es necesario que exista cierto grado de estabilidad en el Derecho y -lo cual tiene cierto aire de paradoja- que los ciudadanos incumplan el deber derivado de la norma: "mientras más efectivo es el acatamiento que una regla recibe en la vida jurídica extrajudicial, más difícil es verificar si posee vigencia, por cuanto los tribunales tienen una oportunidad mucho menor de manifestar su reacción".

Esta propuesta de ciencia del Derecho ha sido objeto de ciertas críticas. Algunas de ellas son las siguientes:

a) La primera dificultad de este modelo de ciencia radica en cómo podemos verificar que los jueces se sienten vinculados por las normas. Parece que exclusivamente podemos atender a su comportamiento y a sus manifestaciones verbales, pero ello sólo demuestra que los jueces actúan como si se sintieran vinculados, no que realmente se sientan vinculados.

b) Ross dice que una norma está vigente cuando es aplicada por los jueces y éstos la consideran obligatoria. Se trata de dos requisitos que deben darse simultáneamente. Pero esto, por un lado, implicaría que hay que dejar fuera del Derecho aquellas normas que son

aplicadas por los jueces por razones distintas al hecho de que las consideren realmente vinculantes (por ejemplo, por propia conveniencia). Por otro lado, habría que considerar como parte del Derecho normas que no suelen ser consideradas jurídicas (como la costumbre contra legem o las prácticas judiciales, si los jueces las aplican y aceptan como vinculantes). Por ello, Bulygin ha propuesto que el criterio no debería ser el de fijarnos en las normas que los jueces aplican por sentirlas vinculantes, sino en aquellas que los jueces utilizan para justificar sus decisiones en los razonamientos de las sentencias.

c) Pero aun con la corrección anterior, nos encontramos con que no formarían parte del Derecho aquellas normas que acaban de ser promulgadas, sin que todavía haya habido ocasión de aplicarla.

d) Carlos Nino ha sostenido que en realidad la tarea de determinar qué normas consideran los jueces que deben aplicar no es una tarea excesivamente difícil: no sería necesario una investigación de cada norma, sino que bastaría con darse cuenta de que los jueces están dispuestos a aplicar (y consideran vinculantes) todas las normas que reúnen ciertos requisitos, como proceder de una autoridad competente a través de un procedimiento previsto en otras normas. Nino señala que la tarea de determinar qué normas están los jueces dispuestos a aplicar es la que realizan de hecho las editoriales jurídicas que editan las recopilaciones de leyes.

## 2. El Derecho en Alf Ross.

### **2.1. Concepto y tipos de norma.**

Ross considera que las normas son directivas dirigidas a los jueces que regulan el uso de la fuerza (esto es, la imposición de sanciones). La distinción entre lenguaje descriptivo y lenguaje directivo o prescriptivo la sitúa Ross no en el significado de los enunciados (entendido como la extensión o referencia y la intensión de las palabras que incluyen), sino en la fuerza o función que tienen estos enunciados.

En algunos trabajos (por ejemplo, en Sobre el Derecho y la justicia), Ross distingue entre normas de conducta y normas de competencia, pero trata a las normas de competencia como si fueran normas de conducta indirectas dirigidas a los jueces. En otros trabajos (por ejemplo, en Lógica de las normas), traza la distinción señalando que las normas de

competencia se asemejan a un tipo de normas que suelen llamarse constitutivas. Las normas constitutivas son aquellas que regulan una actividad cuya existencia depende de tales normas. Así, por ejemplo, la norma que prohíbe matar regula una acción que existe con independencia de ella misma (podemos matar aunque no exista una norma que lo prohíba o lo permita). En cambio, no podemos jugar al fútbol si no existen reglas que indican cómo se juega al fútbol. Estas reglas "constituyen" el juego del fútbol (y, de acuerdo con Ross, las reglas sobre el testamento, la celebración de un matrimonio o sobre cómo dictar sentencia "crean" este tipo de acciones). Las normas constitutivas, por tanto, no tienen como función esencial regular una conducta, sino crear la posibilidad de realizar tal conducta.

## **2.2. El tratamiento de las antinomias.**

Ross admite la existencia de lagunas y contradicciones en el Derecho. Precisamente, en su tratamiento de la interpretación de las normas, este autor distingue entre problemas de interpretación creados por la vaguedad y la ambigüedad semántica (esto es, ambigüedad de las palabras) o sintáctica (ambigüedad debida al uso de términos como "y", "o", etc.) de las normas y los problemas de interpretación debidos a los defectos lógicos del sistema normativo: las lagunas y las contradicciones.

Las contradicciones normativas se dan en el caso en que concurran las siguientes circunstancias: a) dos o más normas se refieren al mismo caso, esto es, tienen el mismo ámbito de aplicabilidad; b) estas normas imputan soluciones incompatibles a dicho caso. Ross clasificó a las contradicciones, de acuerdo con su ámbito de aplicación, en contradicciones o antinomias (1) total-total, (2) total-parcial y (3) parcial-parcial:

(1) Una antinomia total-total es la que se produce cuando los ámbitos de referencia de las dos normas se superponen totalmente. Ejemplo: una norma que estipula un recargo aduanero para la importación de tractores frente a una norma que establezca que los tractores importados estén exentos de recargos aduaneros.

(2) Una antinomia total-parcial se configura cuando el ámbito de referencia de una norma está incluido totalmente dentro del ámbito de referencia de la otra norma, pero ésta contiene además casos adicionales. Por ejemplo, cuando una norma establece que la importación de vehículos sufrirá recargos aduaneros y otra exime a los tractores de tales recargos.

(3) Una antinomia parcial-parcial se da cuando las descripciones de dos normas con soluciones incompatibles se superponen parcialmente, pero ambas tienen además ámbitos de referencia autónomos. Por ejemplo, cuando una norma establece que los vehículos que se importen están sujetos a recargos aduaneros y otra que establezca que los instrumentos para la producción agrícola están exentos de ellos (los tractores están en el ámbito de conflicto de ambas normas; los coches sólo están comprendidos en la primera norma y los arados sólo en la segunda).

Los juristas y los jueces, como señala Ross, utilizan varias reglas para resolver los problemas de contradicciones normativas. Las más importantes son los principios *lex superior*, *lex posterior* y *lex specialis*. No obstante, es posible que para solucionar una antinomia sea aplicable más de un criterio (por ejemplo, cuando el conflicto se da entre una norma N1 y una norma N2, siendo N1 anterior a N2, pero N2 jerárquicamente superior a N1). En estos casos se habla de antinomias de segundo grado. Normalmente se considera que el criterio de la ley jerárquicamente superior prevalece sobre los demás, pero no hay soluciones claras cuando el conflicto se da entre *lex posterior* y *lex specialis*. Todo ello hace pensar - como señala Ross- que no es cierto que estos criterios se apliquen "mecánicamente" (como sostienen los juristas formalistas), sino que requieren de la discreción del juez.

### **2.3. El concepto de validez.**

Como ya hemos visto, Ross critica el concepto de validez tal como lo entendía Kelsen (como obligatoriedad) por considerar que implica asumir una noción "metafísica" de obligatoriedad, más propia de las corrientes iusnaturalistas que de corrientes propiamente positivistas (Ross calificó a Kelsen de "cuasi-positivista"; véase el punto 2.3. del tema de Kelsen). En su lugar, propuso la noción de vigencia, tal como hemos visto en el punto 2 de este tema, al que me remito.

### **2.4. El "cierre del sistema".**

Como se desprende de su noción de Derecho vigente, para Ross el criterio para determinar qué normas pertenecen al sistema es el de verificar qué normas reconocen los jueces como vinculantes. Pero adoptar este criterio para cerrar el sistema presenta el

problema (además de los que hemos señalado antes respecto a la noción de "Derecho vigente") de que resulta circular: para determinar cuál es el Derecho que compone un determinado ordenamiento debemos observar la conducta de sus jueces, pero para determinar quiénes son jueces en ese ordenamiento debemos conocer previamente sus normas de competencia (de acuerdo con las cuales se elige a los jueces y se establecen sus competencias).

#### BIBLIOGRAFIA

- Manuel Atienza: Introducción al Derecho.
- Carlos S. Nino: Introducción al análisis del Derecho.
- Alf Ross: Sobre el Derecho y la justicia.

## H.L.A. HART

1. Presupuestos de la obra de Hart.

A lo largo de la obra jurídica de Hart podemos apreciar dos influencias filosóficas: por un lado, la creencia en un "dualismo metodológico" en cuanto al método científico; por otro lado, la influencia de la llamada "filosofía del lenguaje ordinario".

a) De acuerdo con el "monismo metodológico", las ciencias de la naturaleza (física, química, etc.) y las ciencias humanas han de utilizar el mismo método (experimentación, establecimiento de leyes generales por inducción, y explicación y predicción de acontecimientos a partir de tales leyes). De acuerdo con el "dualismo metodológico", el método para el estudio de las ciencias humanas es distinto del método adecuado para las ciencias de la naturaleza. Esto distancia a Hart de Ross, que aplicaba el principio de verificación (que surgió como una extensión del método de la física y otras ciencias de la naturaleza) también a las ciencias humanas.

b) La "filosofía del lenguaje ordinario" constituye una reacción frente a los intentos del empirismo lógico de construir un lenguaje especializado y verificable para cada ciencia. Ya vimos cómo Alf Ross, por ejemplo, pretendía sustituir los enunciados tradicionales de la ciencia del Derecho por enunciados que respetaran el principio de verificación (esto es, que pudieran ser comprobados empíricamente). Frente a esto, la filosofía del lenguaje ordinario sostiene que el estudio del lenguaje tal y como lo habla habitualmente la gente puede aclarar muchas distinciones y ofrecer información acerca de un sector o un problema de la realidad. El siguiente párrafo de John L. Austin (que no debe confundirse con el Austin iusfilósofo) aclara la actitud de esta concepción hacia el lenguaje ordinario:

"... nuestro común *stock* de palabras incorpora todas las distinciones que los hombres han hallado conveniente hacer, y las conexiones que han hallado conveniente establecer, durante la vida de muchas generaciones; seguramente es de esperar que éstas sean más numerosas, más razonables dado que han soportado la larga prueba de la supervivencia del más apto, y más sutiles, al menos en todos los asuntos ordinarios y razonablemente prácticos, que cualesquiera que plausiblemente usted o yo pudiéramos pensar en nuestros sillones una tarde -el método alternativo más socorrido".

De acuerdo con esto, Hart sostiene lo siguiente a propósito del lenguaje del Derecho y del lenguaje normativo en general:

(a) No puede traducirse un enunciado sobre el Derecho (o sobre cualquier sistema de reglas) en un enunciado que no incluya la noción de regla. El lenguaje normativo es irreducible a un lenguaje no normativo; las nociones normativas no pueden explicarse en términos no normativos. La única reducción que cabe hacer es explicar las reglas jurídicas como un tipo de reglas sociales.

(b) Cuando se analiza el lenguaje social, esto es, el lenguaje que se refiere a las actitudes de la gente en la sociedad, aparecen dos tipos de discurso: el discurso interno, que es el de quien acepta las reglas (no sólo las acata, sino que las utiliza para justificar sus acciones y criticar las de quien se aparta de ellas); y el discurso externo, que es el de quien describe las reglas sin aceptarlas. Ambos discursos o puntos de vista deben ser tenidos en cuenta. El error de Kelsen es haber olvidado el punto de vista externo; el error de Ross, haber olvidado el punto de vista interno.

## 2. La crítica a la teoría imperativa de Austin.

El punto de partida de la teoría del Derecho de Hart es la crítica a la teoría del Derecho de Austin (aunque algunas de sus críticas alcanzan también a Kelsen y a Ross). La mayor parte de esta crítica ya se vio en el tema correspondiente a Austin (y allí me remito), pero conviene hacer un repaso de la misma.

La teoría imperativa del Derecho puede sintetizarse en los siguientes puntos:

(1) El Derecho puede explicarse como un conjunto de órdenes generales respaldadas por amenazas (sanción).

(2) Las normas jurídicas (estas órdenes) tienen la característica de permanencia mientras no sean revocadas o canceladas.

(3) La mayor parte de las órdenes son obedecidas con más frecuencia que desobedecidas por la mayor parte de las personas afectadas. Esto constituye un "hábito general de obediencia".

(4) El sistema jurídico es un sistema independiente que descansa en el soberano (que se define como aquel que es obedecido habitualmente, sin que él obedezca habitualmente a nadie).

Hart dirige dos críticas a esta concepción:

(a) El modelo de las órdenes no es un modelo adecuado: además de normas que establecen sanciones, no debe olvidarse que los sistemas jurídicos contienen también normas que confieren poderes (públicos o privados). Existen dos alternativas para negar esta distinción. La primera consiste en sostener que las normas que confieren poderes son fragmentos del antecedente de normas que establecen sanciones; pero entonces se produce una distorsión al presentar la técnica de motivación del Derecho exclusivamente desde la perspectiva del "hombre malo" (esto es, de aquel que obedece las normas porque quiere evitar la sanción), olvidando la perspectiva del "hombre desconcertado" que simplemente busca en el Derecho una guía para su acción. La segunda alternativa consiste en considerar la nulidad (que es la consecuencia de no guiarse por estas reglas que confieren poderes) como un tipo de sanción. Pero esto implica no tener en cuenta las importantes diferencias que existen entre ambas consecuencias (véase estas diferencias en el punto 3.1. del capítulo correspondiente a Austin y Bentham). Frente a la reducción de todas las normas a reglas de un mismo tipo, Hart propone distinguir dos tipos de normas (primarias y secundarias), como veremos más adelante.

(b) El hábito general de obediencia y la noción de soberano no permiten explicar la persistencia del Derecho cuando cambia el legislador (véase el punto 3.2. del citado capítulo). Frente a la idea de que el sistema descansa en las nociones de soberano y de hábito de obediencia, Hart propone que la noción esencial para explicar el Derecho, así como su validez y obligatoriedad, es la de "regla social", que, como después veremos, es algo distinto del mero "hábito" social.

### 3. La distinción entre reglas primarias y reglas secundarias en la obra de Hart.

Como hemos visto, Hart señala que para dar cuenta adecuadamente de la complejidad de un sistema jurídico, hay que distinguir dos tipos de normas. Para presentar ambos tipos, Hart se plantea la posibilidad de una comunidad con un conjunto de normas muy simples que establecen cuáles son las obligaciones de sus miembros (normas primarias), y señala cuáles serían los defectos de un sistema así y cómo pueden solucionarse introduciendo otro tipo de normas (las normas secundarias, que son normas de reconocimiento, de adjudicación o de

cambio). El siguiente es un fragmento de El concepto de Derecho de Hart donde describe los defectos que tendría un sistema formado exclusivamente por normas primarias o de conducta:

"Es obvio que sólo una pequeña comunidad estrechamente unida por lazos de parentesco, sentimiento común, y creencias, y ubicada en un ambiente o circunstancia estable, puede vivir con buen resultado según tal régimen de reglas no oficiales. En cualesquiera otras condiciones una forma tan simple de control social resultará defectuosa, y requerirá diversas formas de complementación. En primer lugar, las reglas que el grupo observa no formarán un sistema, sino que serán simplemente un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ninguna marca común identificatoria, excepto, por supuesto, que ellas son las reglas que un grupo particular de seres humanos acepta. A este respecto se parecerán a nuestras reglas de etiqueta. Por ello, si surgen dudas sobre cuáles son las reglas, o sobre el alcance preciso de una regla determinada, no habrá procedimiento alguno para solucionar esas dudas, ya sea mediante referencia a un texto con autoridad o a la opinión de un funcionario cuyas declaraciones sobre el punto estén revestidas de ella. Porque, obviamente, tal procedimiento y el reconocimiento del texto o personas con autoridad, implican la existencia de reglas de un tipo diferente a las de obligación o deber que, *ex hypothesi*, son las únicas reglas que el grupo tiene. Podemos llamar a este defecto de la estructura social simple de reglas primarias, su *falta de certeza*.

Un segundo defecto es el *carácter estático* de las reglas. El único modo de cambio de éstas conocido por tal sociedad será el lento proceso de crecimiento, mediante el cual líneas o cursos de conducta concebidos una vez como optativos, se transforman primero en habituales o usuales, y luego en obligatorios; y el inverso proceso de declinación, cuando las desviaciones, tratadas primero con severidad, son luego toleradas y más tarde pasan inadvertidas. En tal sociedad no habrá manera de adaptar deliberadamente las reglas a circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas o introduciendo nuevas; porque, también aquí, la posibilidad de hacer esto presupone la existencia de reglas de un tipo diferente a las reglas primarias de obligación (...)

El tercer defecto de esta forma simple de vida comunitaria es la *ineficacia de la difusa presión social* ejercida para hacer cumplir las reglas. Siempre habrá discusiones sobre si una regla admitida ha sido o no violada y, salvo en las sociedades más pequeñas, tales disputas continuarán indefinidamente si no existe un órgano especial con facultades para determinar en forma definitiva, y con autoridad, el hecho de la violación (...)

El remedio para cada uno de estos tres defectos principales de esta forma más simple de estructura social, consiste en complementar las reglas *primarias* de obligación con reglas *secundarias* que son de un tipo diferente. La introducción del remedio para cada defecto podría, en sí, ser considerada un paso desde el mundo prejurídico al mundo jurídico.

El remedio que señala Hart para la *falta de certeza* del régimen de reglas primarias es la introducción de lo que llama una "regla de reconocimiento", que especifica los criterios que determinan qué reglas forman parte de ese sistema (por ejemplo, encontrarse escrita en algún texto, en las sociedades primitivas, o -si se trata de sociedades más complejas- haber sido sancionada por un órgano específico, o su larga vigencia consuetudinaria, o su relación

con decisiones judiciales, etc.). El remedio para el carácter estático es la introducción de "reglas de cambio", que facultan a un individuo o grupo de personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo o a eliminar reglas anteriores. Por último, el remedio para la ineficacia de la presión social difusa es la introducción de reglas de adjudicación, que identifican los individuos que pueden juzgar y establecen el procedimiento a seguir.

No obstante, además de hacer esta caracterización -que podríamos llamar funcional- de estos tres tipos de normas secundarias, Hart traza la distinción entre normas primarias y secundarias como sigue:

"Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las primeras, o son secundarias en relación con ellas. Pues las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimientos o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones".

Ahora bien, este párrafo plantea problemas de clasificación de las normas en primarias o secundarias, porque da tres criterios distintos:

- a) Primer criterio: las normas primarias regulan directamente las acciones que los individuos deben hacer o no hacer ("que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones"), mientras que las normas secundarias se refieren a otras normas (son secundarias en el sentido de que son normas acerca de normas).
- b) Segundo criterio: Las normas primarias imponen deberes, mientras que las normas secundarias confieren poderes.
- c) Tercer criterio: Las normas primarias se refieren a acciones naturales ("acciones o movimientos que implican cambios físicos"); mientras que las normas secundarias se refieren a acciones institucionales o actos jurídicos, prevén actos que conducen a cambios normativos ("actos que conducen no a simples movimientos físicos, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones").

Normas primarias	Normas secundarias
(a) Regulan acciones	Se refieren a otras normas
(b) Imponen deberes	Confieren poderes
(c) Se refieren a acciones naturales (cambios físicos)	Se refieren a acciones institucionales (cambios jurídicos)

Hart parece considerar estos tres criterios como equivalentes, pero en realidad no lo son, de manera que podemos encontrar ejemplos de normas que, de acuerdo con uno de los criterios de Hart, son normas primarias y, de acuerdo con otro, son normas secundarias. Esto es lo que ocurre con la norma que obliga a los órganos judiciales a resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, prohibiéndoles la denegación de justicia (art. 1.7 Cód. Civil, y art. 448 Cód. Penal); o la norma que ordena al legislador respetar el contenido esencial de ciertos derechos y libertades constitucionales (art. 53.1. CE). Estas normas, de acuerdo con el criterio (b), son normas primarias, porque imponen deberes; pero, según el criterio (c), son normas secundarias, porque se refieren a acciones institucionales (dictar resoluciones judiciales, o legislar, respectivamente).

Esta confusión en los criterios de Hart ha llevado a proponer que se tome como criterio de clasificación entre normas primarias y secundarias el criterio (c). De manera que la clasificación quedaría como sigue: *Normas primarias* son aquellas que *regulan acciones naturales* (son normas de conducta, de conducta física); estas normas imponen deberes de hacer u omitir (obligaciones o prohibiciones) o establecen permisos (que también pueden verse como deberes: como deberes de no interferir dirigidos a terceros) sobre esas conductas físicas o naturales (fumar, matar, circular por la derecha, etc.). Y *normas secundarias* son aquellas que *versan acerca de acciones institucionales, acerca de poderes jurídicos*, sean poderes públicos (legislar, sentenciar, etc.) o privados (contratar, testar, contraer matrimonio, etc). A su vez, podemos distinguir dos tipos de normas secundarias: aquellas que simplemente *confieren esos poderes jurídicos* (no los regulan, sólo crean –son “normas

constitutivas”- la posibilidad misma de realizar esas acciones institucionales); y aquellas que *regulan* (estableciendo permisos, obligaciones o prohibiciones) *el ejercicio* de esos poderes; estas últimas imponen deberes, como las primarias, pero aquí se trata de deberes no de conducta física sino acerca del ejercicio de poderes jurídicos<sup>5</sup>.

#### 4. El concepto de deber y las reglas sociales.

<sup>5</sup> Las acciones naturales o conductas físicas (fumar, matar, circular por la derecha...) son concebibles y realizables con independencia de que, además, haya o no normas que las regulen (permitiéndolas, prohibiéndolas, u obligándolas). Las acciones institucionales, en cambio, son aquellas cuya posibilidad misma de realización depende de la existencia de ciertas normas (que solemos llamar “constitutivas”, porque constituyen o crean la posibilidad de realizarlas). A mí me es posible físicamente matar (acción natural), haya o no normas que me prohíban hacerlo (precisamente, porque me es posible físicamente matar, es por lo que tiene sentido que se me prohíba hacerlo). Pero si no existiera el Derecho de Sucesiones, no me sería posible testar; podría realizar la acción natural consistente en escribir sobre un papel mi última voluntad, pero no la acción jurídica (institucional) de “testar” (al igual que, sin las reglas del fútbol, yo puedo realizar la acción natural de hacer pasar un balón entre los tres palos de una portería, pero la posibilidad misma de realizar la acción institucional “marcar un gol” viene “constituida” por las reglas del fútbol, sin cuya existencia sería imposible que aquella acción física cuente además como la acción institucional “marcar goles”). Repárese en que las normas constitutivas, como tales, no regulan (permitiendo) la conducta (no tienen “operador deóntico”, ni obligatorio, ni prohibido, ni facultativo), sino que se limitan a determinar las condiciones de su existencia, de su posibilidad (respecto de conductas institucionales). En el Derecho, las “reglas que confieren poderes” son normas constitutivas, y deben distinguirse de otras normas que regulan (éstas sí, con operador deóntico) el ejercicio de esos mismos poderes. El ámbito de “lo que me es (constitutivamente) posible” es distinto del ámbito de “lo que me está (regulativamente) permitido”. Por ejemplo: al Parlamento le es posible realizar acciones institucionales que tiene prohibido hacer, p.e., dictar una ley inconstitucional por atentar contra ciertos derechos: se considerará que ese acto existe como “ley inconstitucional”, y será el Tribunal Constitucional quien deberá anularla; en cambio, a mí, simple profesor de universidad, me resulta constitutivamente “no posible” (no ya regulativamente “no permitido”) hacer “leyes inconstitucionales” (ni el TC ni nadie consideraría que lo que he hecho es siquiera una ley inconstitucional, y la pretensión de pedir al TC que anule el documento que yo he escrito en mi casa sería ridícula; yo no tengo regulativamente prohibido hacer cuantas supuestas “leyes inconstitucionales” me dé la gana hacer en mi casa, y no lo tengo prohibido precisamente porque carece de sentido prohibirme algo que me es constitutivamente imposible realizar). De modo que conviene distinguir entre, por un lado, validez/nulidad “constitutiva”, o validez/nulidad como “existencia” (lo cual depende de que el acto haya sido realizado dentro/fuera del ámbito de lo constitutivamente “posible” según una “regla que confiere poderes”); y, por otro lado, validez/nulidad “regulativa”, o validez/nulidad como “regularidad” (lo cual depende de que el acto haya sido realizado dentro/fuera de lo regulativamente “permitido” según una “regla regulativa del ejercicio de poderes”).

Otra de las preocupaciones de Hart, como hemos visto, es la de sustituir la noción de soberano y de obediencia habitual por una noción que explique en qué consiste la obligatoriedad de las normas y que permita "cerrar" el sistema sin los inconvenientes de la noción de obediencia habitual para explicar la persistencia de las normas cuando cambia el soberano o el legislador.

Hart se encuentra insatisfecho con las explicaciones tradicionales del concepto de deber. Tener un deber era explicado tradicionalmente a partir del modelo de una persona que se encuentra coaccionada por las amenazas de otra persona. Este modelo tiene una vertiente de carácter subjetivista (el deber es el miedo a la sanción) y una vertiente más objetivista (el deber es la probabilidad de la sanción, como decía Austin). Hart considera que equiparar los casos de deber jurídico a los casos en que alguien se ve amenazado, por ejemplo, por un asaltante ("la bolsa o la vida") no explica correctamente lo que significa tener un deber o una obligación. Para demostrarlo, da cuenta de la distinción entre "verse obligado" a hacer algo y "tener la obligación" de hacer algo. En el caso del asaltante que nos amenaza con matarnos si no entregamos nuestro dinero, nadie diría que "teníamos la obligación" de obedecerle, sino que "nos vimos obligados" a obedecerle (esto es, no asumimos la obligación). El problema de estos intentos de definición de la noción de deber jurídico es, para Hart, que tratan de definirla en términos no normativos. Por el contrario, para Hart la idea de deber sólo puede explicarse correctamente en términos normativos o de reglas. En concreto, él recurre a la noción de regla social.

Para explicar esta noción, Hart señala sus diferencias con la noción de hábito. Un hábito social es la mera repetición de una conducta: una conducta generalizada en un grupo social (mayoritaria, aunque no necesariamente unánime), reiterada en el tiempo (con cierto carácter estable), y normalmente practicada de modo público. Por ejemplo, podemos decir que en cierta comunidad es un hábito ir al cine los domingos por la tarde. Basta con que esta conducta se repita por el grupo cada vez que existe la ocasión para decir que hay un hábito general. El concepto de regla social de Hart (como ejemplo de regla social él pone el de quitarse el sombrero al entrar en la Iglesia) tiene la misma base, esto es, *desde un punto de vista externo* (lo que empíricamente se aparece de modo manifiesto a los ojos de un observador) se caracteriza por existir también una convergencia reiterada de conductas, lo

cual es un elemento común a hábito y regla; pero si se analiza *desde un punto de vista interno* (el de quien participa en esa práctica) aparecen las diferencias entre hábito y regla: desde este punto de vista interno, en el caso de una regla social: (1) existe en el grupo una presión a favor de la realización de esa conducta, y correlativamente un reproche o crítica (incluida la autocrítica) contra aquel que se desvíe de esa conducta generalizada; (2) los miembros del grupo reconocen la legitimidad tanto de esa presión como de esa crítica: la presión/crítica no les parece gratuita sino que se presenta con una pretensión de legitimidad, de estar justificada, y precisamente es la existencia de una regla lo que se aduce como razón que justifica la presión y la crítica; y (3) todo ello se manifiesta en el uso del lenguaje normativo (es decir, en el uso de términos como "deber", "norma", "obligación", "corrección", etc.).

En definitiva, existe una regla social cuando:

- (1) Existe de hecho una cierta regularidad de comportamiento en el grupo (elemento "externo" que también posee el hábito; pero, a diferencia del mero hábito, en la regla existe *además* un elemento "interno" o "normativo" que se manifiesta en:);
- (2) Hay una presión social a favor de esa conducta, y una crítica contra su no seguimiento;
- (3) La regularidad se justifica por parte de los miembros del grupo aduciendo la existencia de esa regla; la crítica contra las desviaciones respecto al comportamiento regular se justifica en la existencia de la regla;
- (4) Los puntos (2) y (3) se manifiestan en el uso del lenguaje normativo.

Si vemos las cosas exclusivamente desde el punto de vista externo (los meros comportamientos físicos externamente observables), no podemos distinguir entre hábito y regla social, porque sólo apreciaremos esa regularidad de conducta que es común a ambos, y no nos daremos cuenta del resto de elementos, que son los que configuran la aceptación de una regla. En el ejemplo de ir los domingos al cine, nadie piensa que va al cine el domingo porque tenga un deber (ni siquiera "social") de hacerlo, y si alguien no va nunca al cine o suele ir los martes, nadie le criticará por hacer algo "indebido" o contrario a una regla social; en cambio, en la comunidad religiosa, si alguien no se quita el sombrero en la Iglesia será criticado por incumplir un deber.

Pues bien, para Hart existe un deber cuando existe una regla social. Entonces, para que exista el deber jurídico de obedecer una norma jurídica, es necesario que ésta sea asumida como una regla social, esto es, que exista una regla social de obedecer esta norma. Ahora bien, no es necesario que exista una regla social para cada norma jurídica; bastaría con la existencia de una regla social que fundamentara la obligatoriedad de todas las normas jurídicas. Esto nos lleva a la regla de reconocimiento como medio de fundamentar la obligatoriedad de todo el sistema.

### 5. La regla de reconocimiento.

Como hemos dicho antes, la regla de reconocimiento (RR) es aquella que especifica uno o varios criterios o características cuya posesión por parte de alguna norma indica que dicha norma pertenece al sistema jurídico y es por tanto jurídicamente obligatoria. Por ejemplo, la que establece que es Derecho del país X la Constitución Y, así como las normas creadas de conformidad con la Constitución Y (las creadas conforme a esa Constitución por órganos constitucionales o, por delegación suya, por órganos válidamente creados por órganos constitucionales); o la que establece que es Derecho del país X las normas creadas por la autoridad Y (p.e., un determinado monarca, o un Parlamento...) o por quien ésta autorice; o la que establece (en una sociedad más primitiva) que es Derecho del país X las normas contenidas en un tótem, o en un libro sagrado... En suma, la RR establece los criterios de validez de las normas jurídicas.

Para Hart, "validez" significa pertenencia de las normas a un sistema y, desde un punto de vista interno, obligatoriedad de las mismas. Por ello, la RR no sólo cumple una función definitoria o cognoscitiva (nos permite identificar y saber, "reconocer", cuáles son las normas jurídicas en una sociedad), sino que también cumple una función regulativa: prescribe a los órganos aplicadores (típicamente, a los jueces) el deber de aplicar aquellas normas que sean jurídicas según los criterios de juridicidad que la propia RR establece.

Por lo tanto, la RR es lo que otorga *unidad* al sistema (todas sus normas pertenecen a un mismo sistema jurídico porque su validez descansa en un mismo fundamento último: la RR de ese sistema); es lo que permite *individualizar* a cada sistema jurídico (distinguirlo de otros sistemas basados en una RR distinta); y es lo que *fundamenta la obligatoriedad* de cada

una de sus normas. La RR en la teoría de Hart es una regla última y cumple por tanto la misma función que cumplía la Norma Básica para Kelsen.

Sin embargo, la RR no es -a diferencia de la Norma Básica kelseniana- una hipótesis que los juristas deben hacer para describir el ordenamiento jurídico como una unidad, sino una regla social positiva, efectivamente practicada e internamente aceptada como debida, que puede calificarse como Derecho pero en un sentido bien distinto al de las demás normas jurídicas. No se trata de una norma escrita ni promulgada en un acto deliberado por parte de algún órgano jurídicamente competente para ello: su modo de existencia es el mismo que el de las reglas consuetudinarias. Dicho en otros términos: es una regla social, en el sentido antes explicado. Es la práctica social consistente en aceptar unos mismos criterios de validez (pertenencia y obligatoriedad) de normas jurídicas. De esta manera, como señalábamos en el apartado anterior, no es necesario que exista una regla social fundamentadora de la obligatoriedad detrás de *cada una* de las reglas del ordenamiento jurídico, sino que una sola regla social -la RR- fundamenta la obligatoriedad de todas las demás.

En palabras de Hart, la RR es "una práctica compleja, pero normalmente concordante, de los tribunales, funcionarios y particulares, al identificar el Derecho por referencia a ciertos criterios". En situaciones normales, la RR es aceptada no sólo por los órganos aplicadores (típicamente, los jueces), sino también por los demás órganos jurídicos y por el común de los ciudadanos. Pero, según Hart, los órganos aplicadores tienen un especial protagonismo en la determinación del contenido de la RR (por ello, J. Raz los denomina "órganos primarios"). Es necesario (e incluso teóricamente suficiente para poder decir que existe un sistema jurídico, según Hart) que el contenido de una determinada RR sea aceptado por el conjunto de los órganos aplicadores. Y ello no sólo porque la conducta que la RR regula es principalmente la de los órganos aplicadores (les ordena aplicar, como fundamento de sus decisiones, aquellas normas que sean jurídicas según los criterios que la RR establece). Sino, sobre todo, porque, en la determinación de los criterios de validez, los órganos aplicadores son los decisivos. Los órganos creadores de normas (órganos legisladores, en sentido amplio) no tienen la última palabra para decidir [los criterios según los cuales juzgar] si son o no válidas las normas que ellos mismos han dictado (son los jueces quienes lo determinan). Los órganos de ejecución material (policía, administración penitenciaria, etc.) se limitan a

ejecutar las decisiones de los órganos aplicadores. Los ciudadanos, obviamente, no son quienes determinan los criterios de validez jurídica. Una vez enfatizado el papel especialmente relevante de los jueces en la determinación de la RR, hay que añadir que, para poder decir que efectivamente existe y rige una determinada RR en un país, y por tanto que existe un ordenamiento jurídico, será además necesario como mínimo que, aunque sean los jueces quienes configuran esa RR (a través de su práctica de usar y aceptar criterios comunes para determinar qué normas son válidas), opere de hecho en el conjunto de la ciudadanía un cierto grado de práctica social general de obediencia de hecho –por los motivos que sea- *a las normas primarias* que sean jurídicamente válidas según esos criterios de validez judicialmente configurados (de lo contrario, esa RR no podría subsistir de modo estable). Esto no significa que Hart exija, para hablar de sistema jurídico, que todas y cada una de sus normas sean efectivamente obedecidas (la eficacia se requiere del ordenamiento jurídico *en su conjunto*, aunque algunas normas puedan ser ineficaces). En todo caso, en situaciones normales el conjunto de la ciudadanía no sólo satisface ciertos mínimos de obediencia *de hecho* a las normas primarias (eso es sólo el mínimo teórico que ha de darse entre los ciudadanos para poder hablar de la existencia de un sistema jurídico, según Hart), sino que esa obediencia es generalmente aceptada por ellos como debida, y esa obligación aceptada por los ciudadanos suele descansar, también para ellos, en la aceptación tácita de la regla secundaria de reconocimiento (en la aceptación de la obligación de respetar la Constitución)<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> “Hay pues –escribe Hart- dos condiciones necesarias y suficientes mínimas para la existencia de un sistema jurídico. Por un lado, las reglas de conducta válidas según el criterio de validez último del sistema tienen que ser generalmente obedecidas, y, por otra parte, sus reglas de reconocimiento que especifican los criterios de validez jurídica, y sus reglas de cambio y adjudicación, tienen que ser efectivamente aceptadas por sus funcionarios como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial. La primera condición es la única que *necesitan* satisfacer los ciudadanos particulares: ellos pueden obedecer cada uno “por su cuenta” y por cualquier motivo; si bien en una sociedad saludable las más de las veces aceptarán realmente estas reglas como pautas o criterios comunes de conducta, y reconocerán la obligación de obedecerlas, o incluso harán remontar esta obligación a una obligación más general de respetar la constitución. La segunda condición tiene que ser satisfecha por los funcionarios del sistema. Ellos tienen que ver en las reglas pautas o criterios comunes de conducta oficial, y apreciar críticamente como fallas las desviaciones propias y las ajenas (...) Esta dualidad no debe sorprendernos. Ella no hace más que reflejar el carácter compuesto de un sistema jurídico, comparado con una forma de estructura social más simple y descentralizada, de naturaleza prejurídica, que consiste únicamente en reglas primarias. En la estructura más simple, puesto que no hay funcionarios, las reglas tienen que ser ampliamente aceptadas como criterios o pautas críticos para la conducta del grupo. Allí, si el punto de vista interno no estuviera difundido en forma amplia, lógicamente no podría haber regla alguna. Pero cuando se da una unión de reglas primarias y secundarias, que, como hemos sostenido, es la manera más provechosa de ver un sistema jurídico, la aceptación de las reglas como pautas o criterios comunes para el grupo debe ser separada de la cuestión relativamente pasiva de la ordinaria aquiescencia individual frente a las reglas, donde quien obedece lo hace sólo por su cuenta. En un caso extremo el punto de vista interno con su característico uso normativo del lenguaje jurídico (“Esta es una regla válida”) podría limitarse al mundo oficial. En este sistema

Resumiendo lo anterior, podemos definir la regla de reconocimiento como *una regla social (en el sentido hartiano de “regla social”, como algo distinto del mero “hábito social”), desarrollada (practicada y aceptada) principalmente por los órganos aplicadores del Derecho (jueces, en sentido amplio), que 1) establece que las normas que satisfacen ciertas condiciones que la propia regla de reconocimiento determina (p.e., haber sido dictadas por ciertos órganos según ciertos procedimientos conforme a una Constitución) son normas válidas pertenecientes al sistema jurídico; y que 2) prescribe que esas normas deben ser aplicadas por los propios jueces como fundamento de sus decisiones.*

¿Cómo es posible decir que los jueces están obligados a aplicar ciertas normas (las identificadas como jurídicamente válidas por la RR), si esa obligación surge de una regla (la RR) practicada por ellos mismos, y que por tanto ellos mismos podrían alterar? ¿Estamos ante un “judicialismo” extremo, que proclama la absoluta discrecionalidad de los jueces a la hora de aplicar las normas que a ellos les plazca? Esta aparente paradoja se resuelve si distinguimos entre, por un lado, los jueces *en su conjunto* (quienes, efectivamente, podrían ir cambiando la RR a medida que modifiquen los criterios comunes que ellos mismos aceptan para determinar qué normas son jurídicas; si bien, aún así, la vigencia de una nueva regla de reconocimiento requiere que se mantenga el mínimo de obediencia social de las normas que sean válidas según los criterios de validez que los jueces acepten en cada época); y, por otro lado, los jueces *individualmente considerados* (cada uno de los jueces sí está obligado a aplicar no las normas que le plazca sino las normas consideradas jurídicas según los criterios de juridicidad aceptados por el conjunto de sus compañeros). En suma, la RR es una especie de costumbre judicial, y opera del mismo modo en que operan las costumbres: una sociedad en su conjunto no está obligada a mantener sus costumbres sobre, p.e., la forma de vestir, pero sí lo están (socialmente) los individuos que la integran.

Problema más complejo es el de la circularidad (que también cabría detectar en los realistas norteamericanos, y en Alf Ross) entre la RR y las reglas de adjudicación: si el criterio último de validez es una práctica (principalmente) judicial, necesitaremos reglas (que

---

más complejo sólo los funcionarios podrían aceptar y usar los criterios de validez jurídica del sistema. La sociedad en que ocurriera esto podría asemejarse deplorablemente a una nación de borregos y, como éstos, terminar en el matadero. Pero hay pocas razones para pensar que ella no podría existir o para negarle el título de sistema jurídico” (HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, trad. cast. de Genaro R. Carrió, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, en p. 145-146).

serán “de adjudicación”) que determinen quiénes son jueces; pero para saber qué reglas de adjudicación son válidas, necesitamos de nuevo acudir a la RR (la cual dependía de prácticas de jueces...).

La regla de reconocimiento tiene las siguientes características:

- 1) Es una *regla social*, de hecho practicada y aceptada como debida (al menos por los jueces y funcionarios), y no un mero hábito (en el sentido antes explicado) (y también *infra*, punto 5).
- 2) Es una regla *última*, en el sentido de que su existencia no depende de los criterios de validez establecidos por ninguna otra regla: la RR es “una regla que [...] proporciona criterios para la determinación de la validez de otras reglas, pero que [...] no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas” (Hart, op. cit., p. 133).

Esto implica que no es cierto -aunque muchos juristas lo sostengan- que la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico sea la Constitución. Si fuera la Constitución, entonces no podríamos fundamentar su obligatoriedad: no es posible que la Constitución sea obligatoria porque alguna de sus normas establezcan que lo es (ello implicaría dar por sentado lo que se discute: que hay alguna norma en la Constitución que es obligatoria). Austin trató de hacer descansar la Constitución (o la norma suprema) en un hecho: que la mayoría la obedece (el hábito general de obediencia). Esto es lo que hacen los juristas que sostienen que los ordenamientos jurídicos descansan en el hecho de que son eficaces. Sin embargo, esto plantea la crítica que Hart le hizo a Austin respecto a la sucesión de soberanos y la permanencia del Derecho. De manera que la propuesta de Hart consiste en hacer descansar todo el ordenamiento no meramente en un hábito, sino en una regla social.

- 3) *No es jurídicamente válida ni inválida: es ella misma el fundamento de validez de las demás normas jurídicas.* La cuestión de la validez/invalides jurídica sólo tiene sentido plantearla “dentro de un sistema de reglas, donde el *status* de una regla como miembro del sistema depende de que satisfaga criterios suministrados por la regla de reconocimiento. No puede presentarse una cuestión de este tipo respecto de la validez de la propia regla de reconocimiento que proporciona los criterios; ella no puede ser válida ni inválida, simplemente se la acepta como adecuada para ser usada de esta manera” (Hart, op. cit., p. 135). La validez/invalides de algo se predica en relación con alguna otra cosa, con algún criterio de validez; pero es absurdo plantearse la respecto del criterio mismo.

Hacerlo sería como preguntarse si el metro patrón de París –una barra de platino iridiado custodiada en el Museo de Pesas y Medidas de París, que sirve, por definición, para determinar la corrección de todas las

medidas del sistema métrico- es, en sí mismo, correcto. Es absurdo coger una cinta métrica para determinar sobre esa base si esa barra de platino mide o no un metro: será mi cinta métrica la que medirá o no un metro según tenga o no la misma longitud que la barra de platino, y no al revés; no tengo una “vara de medir” el metro patrón de París porque es éste –ya que así lo hemos definido convencionalmente- la vara de medir para todos los demás objetos y distancias.

4) Por lo anterior, no cabe tampoco predicar la *pertenencia* de la RR al sistema jurídico en el mismo sentido en que ésta se predica de las demás normas jurídicas (o sea, por su concordancia con los criterios de validez contenidos en alguna otra regla o reglas superiores del sistema y, en última instancia, con la RR). Sí podemos decir, sin embargo, que la RR “es jurídica” o “es Derecho”, y que “pertenece” al sistema jurídico, pero en un sentido bien distinto: la RR pertenece al sistema jurídico en cuanto que viene señalada directamente por la propia definición de “sistema jurídico” (igual que tiene sentido decir que la barra de platino de París mide un metro y pertenece al sistema métrico: podemos decirlo, pero porque es así como nosotros hemos definido “metro” y sobre su base “sistema métrico”... dentro del cual podemos considerar incluido, si queremos, al propio metro-patrón).

“Este aspecto de las cosas arranca de algunos un grito de desesperación: ¿cómo podemos mostrar que las provisiones fundamentales de una constitución, que por supuesto son Derecho, lo son realmente? Otros contestan insistiendo en que en la base del sistema jurídico hay algo que ‘no es Derecho’, que es ‘pre-jurídico’, ‘metajurídico’, o es simplemente un ‘hecho político’. Esta incomodidad es un signo seguro de que las categorías usadas para la descripción de esta importantísima característica de cualquier sistema jurídico son demasiado toscas. El argumento en favor de llamar ‘Derecho’ a la regla de reconocimiento es que la regla que proporciona los criterios para la identificación de otras reglas del sistema puede muy bien ser considerada como una característica definitoria del sistema jurídico y, por ello, digna de ser llamada ‘Derecho’; el argumento a favor de llamarla ‘hecho’ es que cuando afirmamos que ella existe, formulamos en verdad un enunciado externo sobre un hecho efectivo que se refiere a la manera en que son identificadas las reglas de un sistema ‘eficaz’. Estos dos aspectos reclaman atención, pero no podemos hacer justicia a ambos eligiendo uno de los rótulos, ‘Derecho’ o ‘hecho’. En lugar de ello, es menester recordar que la regla de reconocimiento última puede ser considerada desde dos puntos de vista: uno de ellos se expresa en el enunciado externo de hecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema; el otro, se expresa en los enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el Derecho” (Hart, op. cit., p. 138-139).

5) La RR [no es válida ni inválida sino que] *existe*, en un sentido distinto de aquel en el que existen las demás reglas del sistema jurídico. Todas las demás reglas existen en virtud de criterios de validez jurídica contenidos en otra regla que o bien es la RR o bien es una regla que es válida en virtud –mediata o inmediatamente- de los criterios de validez jurídica contenidos en la RR. La propia RR, en cambio, existe como una regla social, de hecho practicada, y además aceptada como debida, por parte principalmente de los jueces y

tribunales (pero también de los demás órganos jurídicos y normalmente –aunque teóricamente no sería estrictamente necesario- de los ciudadanos); práctica consistente en usar ciertos criterios comunes para identificar las normas jurídicamente válidas y que han de aplicar (p.e., “es Derecho válido la Constitución y las normas creadas conforme a ella”). Como tal regla social (no mero hábito), para que la RR exista hace falta pues: a) la existencia fáctica de esa práctica social concordante entre los jueces de identificar el Derecho válido según criterios comunes (elemento puramente “externo” o “fáctico”, que también posee el hábito); y b) que la utilización de esos criterios comunes de validez jurídica sea aceptada por los propios jueces como algo obligatorio, “como un criterio común y público –dice Hart- de decisiones *correctas*”, y las desviaciones de esos criterios comunes por parte de algún juez sean vistas críticamente por los demás jueces (aspecto “interno” o “normativo”, inexistente en el simple hábito).

6) La RR tiene una "doble cara": desde un punto de vista externo la regla de reconocimiento nos permite describir un ordenamiento jurídico; desde un punto de vista interno, la aceptación de la RR es un presupuesto para usarla (así la usan los jueces) y determinar a través de ella cuáles son nuestras obligaciones (véase el final de la cita incluida en el punto 4).

#### 6. Los puntos de vista “interno” y “externo” (y la concepción de ciencia jurídica en Hart)

Hart no realizó un tratamiento explícito y detallado de los problemas de la ciencia jurídica, o al menos no construyó un modelo elaborado de ciencia jurídica (al modo en que lo hicieron, por ejemplo, Kelsen o Ross). No obstante, de sus escritos cabe extraer algunas aportaciones importantes para la discusión acerca de la ciencia jurídica. Probablemente la principal sea la aplicación, al campo del Derecho, de la distinción entre “punto de vista interno” y “punto de vista externo”.

En el nivel del lenguaje *sobre* las normas (es decir, el nivel de discurso de la ciencia jurídica y del estudio del Derecho en general, como distinto del nivel del lenguaje *de* las normas, o sea, el del Derecho mismo), Hart distingue entre dos tipos de enunciados:

1) Enunciados acerca del Derecho emitidos desde un *punto de vista interno*, que es el de quien forma parte del grupo destinatario de las normas y las acepta como criterio de conducta

y de valoración al que se siente vinculado. Es el punto de vista del juez; la ciencia (la dogmática) jurídica asume este punto de vista.

2) Enunciados acerca del Derecho emitidos desde un *punto de vista externo*, que es el de quien estudia objetivamente las normas y los comportamientos referentes a ellas como un observador desde fuera del ordenamiento, sin sentirse vinculado por aquellas ni envuelto en éstos (p.e., el punto de vista de un sociólogo que describe un determinado Derecho).

**EXCURSO (hasta final de este epígrafe: para ampliar; sólo leer):**

Sin embargo, las cosas no son tan simples como parece desprenderse de esta distinción hartiana. Dentro de los enunciados emitidos desde un punto de vista interno, nosotros podemos a su vez distinguir entre: 1.1) Enunciados internos “en sentido fuerte” o “pleno”, que son los enunciados acerca de la validez de normas jurídicas emitidos por quien *acepta (aprueba) genuinamente* como vinculantes los criterios de validez de la regla de reconocimiento y, usando ésta y aprobando moralmente el sometimiento a ella, afirma la pertenencia al sistema y el deber de obediencia de las normas jurídicas válidas según esos criterios. Se trata, p.e., de los enunciados habituales de un juez que acepta la Constitución y aprueba el deber (para sí mismo y para los demás jueces) de aplicar las normas constitucionales; o, más abiertamente, los enunciados de un discurso político-moral en los que el hablante *aprueba* plenamente (moralmente) los criterios de validez de la RR (p.e., la Constitución) y argumenta a favor del deber de respeto a la misma y a las normas dictadas conforme a ella. Se trata pues de *enunciados normativos* (no sólo –aunque también– descriptivos de la validez de ciertas normas) “*comprometidos*” o “*genuinos*” (prescriptivos). 1.2) Enunciados internos “en sentido débil” o “moderado”, que son los enunciados acerca de la validez de normas jurídicas emitidos por quien *acepta usar* la regla de reconocimiento (la cual es genuinamente aprobada por la generalidad de los jueces) como criterio para describir cuáles son las normas válidas, y como criterio para “reproducir” como deberes “según Derecho” (no necesariamente según, también, uno mismo) los deberes contenidos en las normas que sean válidas de acuerdo con esa RR. Éste sería el punto de vista típico de la ciencia jurídica, de la dogmática jurídica. Es el punto de vista de quien, sin necesariamente aprobar (moralmente) él mismo como genuinamente vinculantes los criterios de validez de la RR, *asume* el punto de vista de quienes los aprueban (el de los jueces), situándose en su lugar, *como si* él también aprobara (no sólo describiera) esos deberes. Se trata de enunciados normativos “neutrales” o “desde un punto de vista [el del Derecho]” (Raz), o enunciados emitidos desde una actitud “hermenéutica” (MacCormick). Repárese en la dificultad que supone hablar de enunciados “normativos neutrales” (parece una contradicción en los términos), y que no es otra que la dificultad que vimos a propósito de Kelsen cuando hablaba, respecto de la ciencia jurídica, de enunciados “imputativos” o “descriptivos de deber ser”. Y es que la ciencia jurídica parece situarse en un “tercer género” intermedio entre la pura descripción valorativamente neutral de hechos empíricos (a través de enunciados puramente “externos”), y la genuina prescripción (moralmente comprometida) de deberes.

Esta dificultad no sería excesiva si la ciencia jurídica se limitara estrictamente a *describir* la validez y el deber jurídico de obediencia de las normas identificadas como jurídicas según la RR, es decir, si sus enunciados “de deber” lo fueran siempre “de deber... según el Derecho” (juicios de deber “entrecomillados”, sin que el propio dogmático defendiera él mismo los deberes del Derecho). En ese caso, la ciencia jurídica emitiría enunciados del siguiente tipo: “conforme a la regla de reconocimiento del sistema S los jueces tiene el deber jurídico de aplicar la regla N”; este enunciado *no* es un enunciado prescriptivo según el cual aquello que constituye el objeto del “deber” *debe* ser hecho, sino que es en realidad un enunciado descriptivo de ciertos hechos sociales (“es el caso que en ese sistema los jueces aceptan una RR en virtud de la cual la norma N es debida”). Se trataría de un enunciado emitido desde un punto de vista “externo moderado”, que a continuación veremos: el de quien, como un observador, describe desde fuera no sólo los comportamientos conformes con el Derecho sino que también describe la aceptación de los deberes jurídicos (da cuenta del punto de vista interno sin adoptarlo él mismo). La ciencia jurídica puede ser (y a veces es) practicada de este modo. El problema es que a menudo la ciencia jurídica también va más allá de esto: no se limita a “dar cuenta de” o “describir”, desde fuera, el punto de vista interno “genuino” de los jueces, sino que “asume” ese punto de vista (“como si”, “situándose en su lugar”, decíamos), lo cual se aproxima mucho a “adoptarlo”, aunque tampoco llegue a identificarse exactamente con la aprobación plena de los deberes jurídicos (en el sentido “fuerte” en el que sí suelen hacerlo los jueces). Esa compleja actitud “intermedia” (ni plenamente interna ni plenamente externa, sino más bien “interna moderada”) de la ciencia jurídica es a la que aludimos al decir que a menudo los dogmáticos

del Derecho no simplemente “describen” el deber ser de las normas, ni tampoco lo prescriben, sino que “reproducen” (por usar la expresión kelseniana) ese deber ser<sup>7</sup>.

Nuestro análisis puede proseguir distinguiendo también dos grados dentro del “punto de vista externo” (el conjunto ha de verse en realidad como un *continuum*, de más interno a más externo, más que como cuatro categorías claramente diferenciadas): 2.1) El punto de vista externo en sentido “débil” o “moderado” sería, como acabamos de señalar, el del observador externo pero que no se limita a describir hechos puramente físicos (los comportamientos externos de conformidad con las reglas, el “aspecto externo” de las reglas sociales que éstas tienen en común con los meros hábitos), sino que también *describe* la aceptación de las reglas: da cuenta también del punto de vista interno de los jueces (y de muchos juristas y ciudadanos particulares), pero sin adoptarlo él mismo (describe el “aspecto interno o normativo” que diferenciaba a las reglas de los hábitos). Éste sería el punto de vista, por ejemplo, de una teoría o una sociología del Derecho “comprensiva”, que no se reduzca a describir relaciones causales entre conductas jurídicas tomadas como meros hechos externamente observables, sino que busque una “comprensión” (no mera explicación externa) más profunda dando cuenta del “sentido” que los propios participantes otorgan a sus conductas (una teoría o sociología que describa –pero siempre en tercera persona– cómo los aceptantes viven como obligatorias las normas jurídicas, cómo los jueces aceptan la RR, etc.). Hemos dicho que, a veces, la dogmática jurídica adopta este punto de vista externo moderado: (usa la RR, sin necesariamente aprobarla, para describir las normas válidas y describir cuáles son los deberes jurídicos conforme a ellas, pero sin prescribir ella que los “deberes” así descritos deben ser cumplidos). La ciencia jurídica defendida por Alf Ross, por ejemplo, se aproximaría mucho a este punto de vista “externo moderado”, si bien el “punto de vista interno” que el científico del Derecho rossiano describiría en jueces y participantes no consistiría tanto en una genuina aceptación normativa (moral), sino más bien en un sentimiento psicológico (todavía “empírico”) de vinculatoriedad: Ross, como emotivista que es, se resiste a hablar –incluso descriptivamente– de aprobaciones morales como algo distinto de meras emociones psicológicas; y para él la “validez” kelseniana como “deber -objetivo- de obediencia” es simple metafísica. La propia teoría del Derecho hartiana adopta también este punto de vista externo moderado: un teórico del Derecho hartiano da cuenta de la “aceptación” (después discutiremos en qué sentido de “aceptación”) del Derecho por parte de, como mínimo, los jueces, pero sin comprometerse él en esa aceptación. 2.2) El punto de vista externo en sentido “fuerte” sería, por consiguiente, el de quien se limita a describir conductas físicas de conformidad/violación de reglas por parte de otros sin dar cuenta del aspecto interno de su aceptación por parte de ellos (no atiende en absoluto al punto de vista interno de los participantes). Ese discurso “ultraempírico” es incapaz de entender el Derecho (sería como si alguien intentara describir una partida de ajedrez prescindiendo de las reglas del juego que los jugadores han aceptado: sólo verá movimientos corporales de los jugadores carentes de sentido, no podrá entender verdaderamente lo que está ocurriendo).

Volviendo a Hart (quien en realidad propició pero no desarrolló estas distinciones dentro de cada “punto de vista”), es importante advertir que para él la noción de “aceptación”, como criterio para distinguir entre el punto de vista interno y el externo acerca del Derecho, no significaba necesariamente “aprobación moral”. Según Hart bastaría, para adoptar el punto de vista interno (incluido el que aquí hemos denominado “pleno” o “fuerte”, el de los jueces), una “*actitud crítica reflexiva*” hacia ciertos modelos de conducta en tanto que pautas de conducta comunes, “y que ella se despliegue en la forma de crítica (que incluye la autocrítica), exigencias de conformidad, y en reconocimientos de que tales críticas y exigencias están justificadas, todo lo cual halla expresión característica en la terminología normativa: ‘yo debo’, ‘deber’, ‘tú tienes que’, ‘él debería’, ‘correcto’, ‘incorrecto’, etc.” (Hart, op. cit., p. 72). Esta noción hartiana de “aceptación” como “actitud crítica reflexiva” no es nada clara y ha sido objeto de controversia. Sí es claro que aceptación es para Hart algo más que “mera conformidad” (una cosa es comportarse *de hecho* tal y como ordena una regla, lo cual puede hacerse por muy diversos motivos, como es la mera rutina en el caso del hábito; otra cosa es obrar precisamente así pero movido porque uno acepta la regla como debida). Pero parece que para Hart aceptación es algo menos que “aprobación moral”. Según Hart, por supuesto que de hecho muchos jueces y ciudadanos aceptan el deber de obedecer al Derecho (o sea, aceptan la RR) como una genuina obligación moral, y por tanto aprueban un deber moral de obedecer las normas jurídicamente válidas, y ello contribuye a la estabilidad del sistema. Pero no es necesario según Hart que esto sea así para poder hablar de la existencia de un ordenamiento jurídico. Respecto de los ciudadanos, ya hemos visto que bastaría según Hart con que los ciudadanos de hecho obedecieran por lo general las normas válidas (bastaría su mera “conformidad”); y, en cuanto a los jueces, haría falta algo más: que

<sup>7</sup> "En realidad, es posible que la distinción hartiana [entre punto de vista interno y externo] no sea del todo adecuada para dar cuenta del status lógico de los enunciados de la ciencia jurídica, de la dogmáticas jurídica, que probablemente habría que considerar más bien como un entretrejo de afirmaciones internas y externas de diverso tipo. Así, la obra de Hart acaba planteando, como la de Kelsen, la necesidad de especificar un tipo de enunciados distintos tanto de las prescripciones (de las normas) como de las simples descripciones, que deberían servir para caracterizar -al menos a nivel lingüístico- actividades como las de la ciencia jurídica, la teología dogmática o la filología, pero cuyo status parece ser muy difícil de precisar" (Atienza, Manuel, Introducción al Derecho, Ed. Barcanova, Barcelona, p. 252).

usaran la RR como criterio al que *aceptan* someterse (para determinar qué normas han de usar ellos para enjuiciar la conducta de otros y para justificar sus decisiones al respecto), pero sin que ello significara necesariamente, según Hart, que *aprueban* como éticamente justos ni esa RR ni las normas identificadas como jurídicas a través de esa RR. Sin embargo, creemos que Hart se equivoca en este punto. Es cierto que cabría pensar en que algunos e incluso muchos jueces se sometieran a la RR por razones no morales sino prudenciales: porque “se ven obligados a ello” -no porque piensen que “tienen la obligación (moral) de”- por temor a la severa reacción crítica de sus colegas si se apartaran de las normas que según esos otros jueces se han de aplicar como válidas por satisfacer los requisitos de la RR que esos otros jueces aceptan. Pero entonces, obviamente, incluso esta situación presupone que existan esos “otros jueces” que sí aprueban el sometimiento a la RR como una obligación moral. En suma: *el que al menos algunos jueces acepten la RR como un genuino deber moral* (y por tanto aprueben moralmente su deber de obedecer al Derecho válido según esa RR) *constituye* no una simple contribución a una mayor estabilidad, sino *una condición necesaria para la existencia misma de cualquier ordenamiento jurídico*. Es necesario pues que al menos algunos jueces adopten el “punto de vista interno” en el sentido “fuerte”, y éste consiste en una aprobación moral (y, desde luego, eso es lo que de hecho ocurre normalmente entre la mayoría de los jueces en los ordenamientos jurídicos que conocemos). Cuando los jueces emiten enunciados normativos “comprometidos” de deber, ellos afirman que *deben* aplicar las normas válidas identificadas como tales por la RR, y no simplemente que “les resulta socialmente exigido” o que “desde el punto de vista de los demás jueces, así deben hacerlo”... y ese tipo de afirmación no puede ser otra cosa sino un juicio moral<sup>8</sup>. Por más que Hart se resista a reconocerlo, justificar la aceptación de la RR (y a su través justificar la aplicación de las normas jurídicamente válidas según la RR) no puede significar otra cosa sino justificar *moralmente* dicha aceptación. No es posible construir un razonamiento jurídico justificatorio teniendo como premisa la aceptación de la RR por razones distintas de las de naturaleza moral<sup>9</sup>.

Una última observación: cuando alguien afirma que una determinada norma N *distinta de la regla de reconocimiento* existe, está *usando* la RR para afirmar que, según los criterios que la RR establece, N es una norma jurídicamente válida (afirmación realizada bien sea desde un punto de vista interno "fuerte" o bien desde un punto de vista "hermenéutico" que asume el punto de vista interno del aceptante). Por el contrario, los enunciados acerca de la existencia de la propia RR sólo pueden ser enunciados "externos" que describen la existencia y la aceptación de la RR en la práctica efectiva de un sistema jurídico. Así pues, la RR actúa como una bisagra entre los dos tipos de discurso, externo e interno: por un lado, su existencia es un hecho verificable mediante la observación externa (sociológica), y los enunciados que se refieren a tal hecho son afirmaciones efectuadas desde un punto de vista externo (moderado); por otro lado, la RR abre la posibilidad del discurso interno: es el presupuesto para poder emitir enunciados internos<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Hart sin embargo sostiene que “los jueces individuales pueden explicar o justificar su aceptación de los dictados del legislador diciendo que ellos simplemente desean continuar una práctica establecida o que ellos prestaron juramento al tomar posesión de su cargo de continuar tal práctica o que ellos estuvieron tácitamente de acuerdo en hacerlo así al aceptar el cargo de juez. Todo esto sería compatible con que los jueces no tuvieran ninguna creencia en absoluto respecto de la legitimidad moral de la legislatura o incluso con que creyeran que no tenía ninguna” (Hart, H.L.A., “Commands and Authoritative Legal Reasons”, en *Essays on Bentham, Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, en p. 265). Sin embargo, “desear continuar una práctica establecida” no es ninguna razón justificatoria para actuar conforme a tal práctica; un deseo no es más que un hecho que por sí solo nada justifica; será necesario aducir razones que justifiquen ese deseo (mostrar que esa práctica es *deseable* y no simplemente que a mí me apetece seguirla), y esas razones no pueden ser sino de índole moral. Las demás razones enumeradas por Hart en esta cita se resumen en la de haber prometido expresa o tácitamente actuar así, lo cual constituye obviamente una razón moral.

<sup>9</sup> Dos aclaraciones: 1) “Aceptar la RR por razones morales” no equivale necesariamente (como parece pensar Hart) a “aceptar la RR por creencia en la legitimidad moral de las fuentes (la Constitución, el Parlamento...) a las que la RR nos remite”, ni menos aún equivale a aceptar la corrección moral de cada una de las normas válidas según esas fuentes. Puede que un juez considere que tiene el deber moral de aplicar las normas emanadas de las fuentes señaladas por la RR no porque esas fuentes sean para él legítimas, ni porque considere que la norma emanada de esas fuentes es en sí misma justa, sino, por ejemplo, porque crea que si la judicatura actuara de otra forma ello conduciría a una anarquía que sería *moralmente* un mal mayor que el de la persistencia de un régimen ilegítimo. 2) A la inversa: cabría construir un razonamiento justificatorio sin necesidad de aceptar la RR. Tal sería el caso si un juez justifica su aplicación de una determinada norma jurídica no porque ésta sea una norma válida según una RR que él acepta, sino porque el contenido mismo de esa norma jurídica (con independencia de que esa norma se adecue además a los criterios de la RR) es para él moralmente obligatorio; pero entonces el razonamiento justificatorio de ese juez no sería un razonamiento justificatorio *jurídico*, sino un razonamiento moral ordinario.

<sup>10</sup> “...la regla de reconocimiento última puede ser considerada desde dos puntos de vista: uno de ellos se expresa en el enunciado externo de hecho que afirma la existencia de la regla en la práctica efectiva del sistema; el otro,

### 7. La discrecionalidad judicial en los casos difíciles.

Hemos visto varias tesis sobre la aplicación judicial del Derecho. Las dos tesis más extremas son la del formalismo jurídico y la del realismo jurídico americano. Para el formalismo jurídico la aplicación judicial del Derecho es una operación que reúne las siguientes características:

- a) La sentencia es una conclusión del razonamiento hecho por el juez en los considerandos.
- b) Las premisas de este razonamiento están dados por las normas aplicables y los hechos del caso.
- c) La actividad judicial (una vez determinados los hechos) es puramente mecánica: consiste en extraer la conclusión lógica a partir de las premisas dadas.
- d) En cada caso hay una y sólo una solución correcta: la conclusión del razonamiento contenido en los considerandos.

Un presupuesto de esta teoría es que los conceptos incluidos en las normas tienen exactamente el contenido que el legislador ha acordado y se asemejan a los conceptos formalistas. Un jurista de esta concepción escribió lo siguiente (Soler):

"La relación que efectivamente guardan los conceptos jurídicos con los conceptos matemáticos, especialmente con las figuras de la geometría, consiste en que ambos son conceptos dados o puestos por hipótesis, integrados, además, por un número determinado de elementos necesarios"; "Si hay un acuerdo para transferir el dominio de una cosa mediante un precio, hay compraventa; si suprimimos el precio, hay donación; si en vez de la cosa suponemos un crédito, hay cesión; si no hay acuerdo, sino engaño, hay estafa. De aquella primera definición no podemos tocar nada, según se ve, sin que la figura se desmorone, como cuando a un triángulo le quitamos un lado".

Por el contrario, el realismo jurídico americano sostiene lo siguiente:

- a) Las normas no constituyen el único factor que determina la decisión judicial, ni siquiera el más importante, en muchas ocasiones.
- b) El juez se deja guiar también por motivos personales, factores psicológicos, sociológicos, ideológicos, políticos, morales, etc.

---

se expresa en los enunciados internos de validez formulados por quienes la usan para identificar el Derecho" (Hart, op. cit., p. 139).

c) No es cierto que el juez proceda de acuerdo con el esquema de un silogismo, sino que primero toma una decisión y luego trata de justificarla con premisas normativas. El razonamiento incluido en los considerandos es una racionalización de la parte dispositiva de la sentencia.

Entre estas dos tesis extremas se encuentra la teoría de Kelsen, que admite cierto grado de indeterminación de las normas, y la de Ross, que a pesar de criticar la teoría del silogismo judicial, admite un papel importante de las normas en la decisión del juez, aunque advirtiendo de los problemas de interpretación de las mismas.

La teoría de Hart también se encuentra entre la tesis formalista y la realista. Hart recuerda que las normas se dirigen a *clases* de personas y se refieren a *clases* de actos. Ahora bien, el lenguaje del legislador es un lenguaje natural, por lo que sus conceptos (las clases de personas y las clases de actos) son necesariamente conceptos vagos: no podemos precisar con exactitud matemática qué casos quedan dentro y qué casos fuera del campo de aplicación de las normas. Esta vaguedad de los conceptos usados por el legislador no puede solucionarse recurriendo a los criterios de interpretación, porque éstos también están formulados en un lenguaje natural y, por tanto, también serán vagos. Cuando Hart se refiere a la vaguedad incluye la vaguedad potencial (es posible que un concepto no sea vago *hoy*, pero que aparezca algún caso en el futuro que lo convierta en vago). Esta inevitable vaguedad del lenguaje del Derecho hace que éste tenga -en palabras de Hart- "una textura abierta". De este carácter abierto del Derecho pueden desprenderse las siguientes conclusiones:

a) Para toda norma, habrá un conjunto de casos claros o fáciles (cuando los casos caen claramente dentro o fuera del campo de aplicación de los conceptos incluidos en la norma) y un conjunto de casos difíciles (cuando caen en su "zona de penumbra", en la que hay dudas sobre la aplicabilidad o no de la norma). El formalismo jurídico extremo tiende a reducir todos los casos a casos fáciles; el realismo jurídico radical, a casos difíciles. La realidad es que puede haber casos de ambos tipos.

b) En los casos difíciles, el juez no puede contar con ayuda de las normas. En estos supuestos tiene discreción para tomar una decisión u otra. Esto implica que no es posible satisfacer ni el ideal de plenitud hermética del Derecho (total ausencia de lagunas) ni el de plena certeza.

## 8. La separación conceptual entre Derecho y moral y el “contenido mínimo de Derecho natural”

Hart considera que se pueden justificar racionalmente unos mínimos contenidos de justicia -ciertas reglas básicas para la convivencia- que toda organización social debe contener para ser viable, y que él denomina "contenido mínimo de Derecho natural". Su argumentación es la siguiente: 1) dados ciertos datos empíricos fundamentales acerca de cómo es el mundo y acerca de cómo somos los seres humanos (premisas fácticas que a continuación veremos); y 2) si aceptamos el fin de la subsistencia de la vida humana en sociedad (premisa normativa: debe preservarse la convivencia humana en sociedad); entonces, 3) hay razones para que el Derecho y la moral contengan al menos una cierta regulación básica de ciertas materias (conclusiones normativas que constituyen ese “contenido mínimo de Derecho Natural”). Veamos cuáles son esos datos y, a partir de ellos, qué reglas serían racionalmente necesarias si deseamos subsistir en sociedad.

a) Vulnerabilidad humana.- Los seres humanos son físicamente vulnerables a los ataques de otros seres humanos (y están dispuestos, ocasionalmente, a recurrir a ataques corporales). Ello hace necesario –para que la convivencia social sea viable- algún tipo de reglas que restrinjan el uso de la violencia (prohibición de matar, de lesionar...).

b) Igualdad aproximada.- Aunque los seres humanos difieren en cuanto a condiciones físicas y capacidad intelectual, estas diferencias no son tan grandes como para que un solo individuo pueda sojuzgar indefinidamente a todos los demás. Esta igualdad aproximada hace necesario un sistema de abstenciones y concesiones mutuas, que está en la base tanto de la obligación moral como de la obligación jurídica (como siempre habrá hombres dispuestos a violar tales restricciones, será necesario pasar de las formas simplemente morales a las formas organizadas e institucionalizadas, es decir, jurídicas, de control).

c) Altruismo limitado.- Si los seres humanos fueran demonios dominados por el deseo de exterminarse entre sí, la moral y el Derecho serían empresas imposibles; y si fueran ángeles infinitamente altruistas, la moral y el Derecho serían innecesarios. El hecho de que sean un término medio entre esos dos extremos es algo que hace que un sistema de abstenciones mutuas sea a la vez necesario y posible.

d) Recursos limitados.- Los bienes materiales que necesitamos (alimentos, vestido, etc.) o que simplemente deseamos no están disponibles en abundancia ilimitada: no hay de todo para todos en la cantidad que a cada uno le plazca. Es necesario por tanto alguna regulación de la apropiación de recursos, o sea, algún régimen sobre la propiedad. Hart aclara que no necesariamente tiene por qué ser un régimen de propiedad individual: sea propiedad privada o colectiva, el mínimo necesario es *alguna* forma de regulación al respecto; si el primero que llegara pudiera acaparar todo lo que deseara, la sociedad sería inviable.

También es necesario, en sociedades mínimamente complejas con una cierta división del trabajo, alguna regulación dinámica que posibilite la cooperación y el intercambio de bienes y servicios, que posibilite a los individuos transferir, vender o cambiar recursos más allá de la distribución inicialmente establecida por las formas más simples de propiedad. Se trata de reglas (como la obligación moral de cumplir las promesas) que hagan posible la cooperación porque suponen la posibilidad de censura si no se actúa de cierta manera a la que uno se ha comprometido; y, dado nuestro “altruismo limitado”, serán necesarias también formas jurídicas (por ejemplo, el Derecho de contratos como institucionalización de las promesas) que aseguren la confianza en la conducta futura de los demás como requisito para la viabilidad de esa cooperación y esas transferencias de recursos.

e) Comprensión y fuerza de voluntad limitadas.- Como no todos comprenden siempre los intereses a que obedecen las anteriores reglas sobre las personas, la propiedad y las promesas; y/o como no todos tienen siempre fuerza de voluntad para obedecerlas sin más, se hace preciso establecer sanciones para hacerlas cumplir, mediante un aparato coactivo organizado (en suma, es necesario el Derecho como organización de la coactividad). Sanciones que son posibles dada la existencia antes aludida de una “igualdad aproximada” (en el Derecho Internacional, por ejemplo, es problemática la existencia de esa igualdad y por ello resulta difícil hablar de sanciones e incluso de su carácter de “Derecho” como sistema coercitivo organizado).

El hecho de que Hart denomine “contenido mínimo de *Derecho Natural*” a esos mínimos contenidos que todo ordenamiento jurídico debe tener, no significa en absoluto que Hart se haya pasado a las filas del iusnaturalismo.

- 1) Los datos acerca del mundo y de cómo son los seres humanos no son presentados por Hart como datos eternos, inmutables, sino como hechos empíricos y por tanto contingentes: podrían haber sido distintos (e incluso nada asegura que no podrían cambiar algún día), y por tanto el “Derecho Natural” que en ellos se fundamenta no es necesariamente universal e inmutable, no es algo “necesario” independientemente de cómo sean los hechos<sup>11</sup>.
- 2) Aunque Hart hable de un mínimo de “Derecho Natural”, él mantiene estrictamente el positivismo jurídico “como enfoque” (iuspositivismo metodológico o conceptual), es decir, la tesis de la *separación conceptual entre Derecho y moral*, entre el Derecho que es y el Derecho que debe (moralmente) ser, entre la validez jurídica y la justificación moral de las normas (véase *supra*, tema 2). Existen obvias conexiones causales y coincidencias de contenido entre las normas jurídicas y las morales (precisamente, el “contenido mínimo de Derecho Natural” del que habla Hart permite explicar la existencia de una importante zona de confluencia entre los contenidos del Derecho y los de la moral). Pero lo que hace que una norma sea jurídica no es para Hart su corrección moral, sino el que satisfaga los criterios de juridicidad establecidos en la regla de reconocimiento.
- 3) Como hemos visto, la argumentación de Hart no incurre en la “falacia naturalista” que cometen los iusnaturalistas (paso del ser al deber ser). Hart no fundamenta sus conclusiones normativas (enunciados de “deber ser”) sobre el contenido mínimo de Derecho Natural únicamente a partir de premisas fácticas (enunciados de “ser”), sino que incorpora una premisa normativa: la de que se debe preservar la convivencia humana en sociedad (lo cual no se fundamenta en ningún hecho sino que ha de ser aceptado valorativamente).

---

<sup>11</sup> Por ejemplo: incluso la razón para la prohibición de matar, la vulnerabilidad humana, es una verdad obvia, pero no lógica ni metafísicamente “necesaria”, “porque las cosas –dice Hart- podrían haber sido distintas o serlo algún día. Hay especies de animales cuya estructura física (que incluye un caparazón) los hace virtualmente invulnerables al ataque por parte de otros miembros de su especie, y animales que carecen de órganos que les permitan atacar. Si los hombres llegaran a perder su vulnerabilidad recíproca se habría desvanecido una razón obvia para la prescripción más característica del derecho y la moral: *No matarás*”. Algo parecido cabría decir de los demás datos: podrían haber sido distintos, y hasta llegar a serlo mediante la evolución de la especie o transformaciones en el mundo físico. La argumentación de Hart ha de entenderse pues con la cláusula “mientras sigan siendo así las cosas” (desde luego, no parece nada probable que cambien esos datos... pero no se trata de algo metafísicamente imposible).

### Bibliografía

- Hart, H.L.A., *El concepto de Derecho*, 1961, trad. cast. de Genaro R. Carrió, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.
- Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, esp. cap. II.
- De Páramo Argüelles, Juan Ramón, *H.L.A. Hart y la teoría analítica del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984.
- Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, Ed. Barcanova, Barcelona, 1985, esp. pp. 248-252 y 156-158.

## DWORKIN

Ronald Dworkin fue sucesor de Hart en su Cátedra de la Universidad de Oxford y uno de los principales representantes de la filosofía del Derecho anglosajona. Dworkin ha hecho objeto de sus críticas al positivismo jurídico, especialmente al representado por la obra de Hart, al que considera la versión más depurada del mismo. La importancia de Dworkin radica precisamente en haber aportado argumentos contra el positivismo en el momento en que éste había alcanzado mayor fuerza y difusión. En concreto, Dworkin critica la tesis positivista según la cual no existe una conexión necesaria entre Derecho y moral: la principal pretensión de Dworkin es construir una teoría del Derecho que no excluya el razonamiento moral y que muestre la importancia de *la teoría* para el razonamiento jurídico.

### 1. Principios y reglas.

La perspectiva adoptada por Dworkin para desarrollar su teoría del Derecho es la perspectiva de la aplicación judicial del Derecho. Dworkin sostiene que para tener una comprensión adecuada del ordenamiento jurídico debemos fijarnos en la práctica judicial: en cómo resuelven los jueces los casos y en qué normas aplican para resolverlos. Especialmente interesante es el estudio de los casos difíciles, es decir, de aquellos casos en los que las reglas aplicables no nos dan una solución determinada y concreta (bien porque faltan normas aplicables, bien porque hay varias normas aplicables que ofrecen soluciones distintas).

Desde esta perspectiva, sostiene Dworkin que, además de las reglas, los ordenamientos jurídicos incluyen otro tipo de normas: los principios. De manera que el primer ataque contra el positivismo consiste en la afirmación de que los sistemas jurídicos no son sólo conjuntos de reglas (como parecen suponer los positivistas). La distinción entre reglas y principios es trazada por Dworkin de acuerdo con tres criterios:

- a) Las reglas se aplican todo o nada, mientras que los principios se pueden aplicar gradualmente.
- b) En caso de conflicto, dos reglas se excluyen (o se aplica una, o se aplica otra); por el contrario, los principios tienen una "dimensión de peso": es decir, dan razones para tomar una

decisión en una determinada dirección, pero esas razones deben balancearse con las razones que aportan otros principios y quizá es posible llegar a un compromiso entre los principios en conflicto.

c) Las reglas pertenecen al ordenamiento jurídico de acuerdo con su origen (pertenecen al sistema aquellas reglas que en última instancia derivan de la regla de reconocimiento), pero los principios pertenecen al sistema en función de su contenido y fuerza argumentativa.

Dworkin distingue dos tipos de principios: los principios en sentido estricto, que son aquellos que hacen referencia a la justicia y la equidad, y las directrices, que son aquellos que establecen los objetivos sociales que se deben alcanzar y se consideran beneficiosos (una situación de pleno empleo, aumento del nivel de vida, etc.).

Los principios (sean de uno u otro tipo) cumplen la función de solucionar casos de lagunas y ayudar a interpretar las reglas. Incluso pueden quedar desplazadas (esto es, pueden no aplicarse a un caso concreto) aquellas reglas que se considere que violan un principio importante.

## 2. La crítica a la regla de reconocimiento.

La primera consecuencia que puede extraerse de la distinción entre reglas y principios, según Dworkin, es la insuficiencia de la regla de reconocimiento para dar cuenta de todo el sistema. La idea de una norma que permite identificar el resto de normas al dar los criterios de pertenencia de las mismas al sistema sólo sirve para aquellas normas que pertenecen al sistema de acuerdo con su origen; los principios, en cambio, como hemos visto, pertenecen al Derecho por su contenido, por lo que no pueden ser identificados por la regla de reconocimiento. No es posible dar un criterio formal y a priori para determinar cuándo tienen que ser aplicados a un caso: esto depende exclusivamente de su contenido.

## 3. La conexión entre Derecho y moral.

Otra consecuencia de la distinción entre reglas y principios es que podemos advertir - dice Dworkin- que existe una conexión entre Derecho y moral. El razonamiento jurídico invoca y utiliza principios que los tribunales desarrollan mediante un lento proceso de discusión y creación de precedentes. Estos principios son específicamente morales. En

consecuencia, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido de que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en los casos difíciles. Y, por tanto, la tesis central del positivismo -la separación entre el Derecho y la moral- es falsa; no se puede separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral.

#### 4. La tesis de la única respuesta correcta.

Es evidente que puede haber situaciones en las que no resulta aplicable ninguna regla concreta, pero ello no implica que no puedan aplicarse los principios. Puesto que los jueces no solo disponen de reglas para solucionar los casos concretos, sino también de principios, entonces siempre habrá una respuesta correcta para cada caso que se plantee.

Cuando nos encontramos ante un caso difícil no es una buena solución dejar libertad al juez porque éste no está legitimado para dictar normas (y mucho menos normas con carácter retroactivo). Al juez se le debe exigir que busque criterios para justificar su decisión; no se puede dejar la solución del caso a su sentimiento subjetivo.

#### 5. La función práctica de la teoría. El juez "Hércules".

Para saber qué principios son aplicables a un determinado caso, es necesario que el juez entre en consideraciones teóricas que cada vez son más amplias. Cualquier problema práctico concreto sólo puede ser resuelto de una forma coherente con decisiones futuras y pasadas si se toma en el marco de una teoría. Si es una cuestión práctica sobre el derecho a la vida, por ejemplo, será necesario tomar una decisión en el marco de una teoría sobre dicho derecho (esto es, hay que tomar postura en relación con cuestiones como las siguientes: ¿incluye el derecho a la vida el derecho a elegir el momento de la muerte? ¿cuáles son los límites de tal derecho? ¿es un derecho irrenunciable?); a su vez, una teoría sobre el derecho a la vida presupone contar con una teoría sobre los derechos subjetivos en general; esta teoría sobre los derechos presupone seguramente una teoría sobre la función del Derecho (en el sentido de un conjunto de normas) y su relación con la moral. Un juez escrupuloso debe fundamentar su decisión concreta en el caso que está juzgando en una buena teoría: no puede limitarse a dar su opinión, sino que tiene que justificarla de una manera coherente con las

decisiones tomadas por otros jueces en el pasado y teniendo en cuenta que crea un precedente para el futuro. Para ello, debe adoptar una perspectiva amplia, lo que implica pasar del nivel del caso concreto al nivel de la teoría general.

En definitiva, argumentar a favor de la aplicación de un principio a un caso concreto consiste en integrar el razonamiento acerca de ese principio en una teoría general. Ahora bien, en el caso de que sea posible construir varias teorías distintas para justificar la aplicación de un principio, se debe recurrir a aquella teoría que mejor explica y justifica -esto es, que sea la más coherente con- el Derecho histórico y el Derecho vigente. Un juez ficticio omnisciente -al que Dworkin llama Hércules- sería capaz de construir una teoría que explicara y justificara completamente el Derecho. Los jueces reales deben intentar hacerlo en la medida de sus posibilidades.

#### 6. Principales críticas a Dworkin.

El modelo de Dworkin ha sido objeto de numerosas críticas en su intento de ofrecer una teoría del Derecho con bases opuestas al positivismo jurídico. Estas críticas pueden condensarse en las tres siguientes:

- a) En primer lugar, varios autores han sostenido que Dworkin hace una interpretación demasiado restrictiva de la regla de reconocimiento, en el sentido de que es posible interpretarla o modificarla de manera que incluya a los principios. Para ello, basta con ampliar la regla de reconocimiento de manera que tenga en cuenta el contenido de las normas. Por ejemplo, Carrió escribe lo siguiente (como ejemplo de que la regla de reconocimiento sí puede tener en cuenta cuestiones de contenido): "Imaginemos un país que carece de Constitución escrita. Imaginemos además que en aquella Constitución los jueces y funcionarios rechazan sistemáticamente como normas válidas las que son contrarias a los preceptos del Corán. Este criterio no haría referencia exclusivamente al origen de la norma, porque tendría en cuenta el contenido".
- b) Dworkin sostiene que ha mostrado la conexión existente entre Derecho y moral al describir cómo los jueces norteamericanos (a los que toma como ejemplo) aplican principios morales en su razonamiento jurídico. A esto se ha objetado que la descripción de Dworkin de las actitudes de los jueces americanos no prueba que exista una conexión necesaria entre

Derecho y moral sino, a lo sumo, que existe una conexión casual: La Constitución americana ha incorporado algunos estándares morales, por lo que los jueces deben recurrir a ellos para solucionar los casos difíciles; pero estos estándares morales tienen carácter jurídico porque la Constitución los ha incorporado, y no porque la moral sea, por sí misma, parte del Derecho.

c) Por último, se ha objetado a Dworkin que al recurrir a un juez hipotético -Hércules- para saber cuál es la mejor teoría, no da un criterio real que le sirva al juez en la práctica para escoger qué teoría es la más adecuada.

## BIBLIOGRAFIA

- Albert Calsamiglia: Estudio preliminar a Ronald Dworkin, Los Derechos en serio.
- Ronald Dworkin: Los Derechos en serio.

## **TEMA 13. La crítica de R. Dworkin al positivismo de Hart. La discusión actual sobre las tesis de Dworkin**

Ronald Dworkin fue el sucesor de Hart en su Cátedra de la Universidad de Oxford y uno de los principales representantes de la filosofía del Derecho anglosajona. Dworkin ha hecho objeto de sus críticas al positivismo jurídico, especialmente al representado por la obra de Hart, al que considera la versión más depurada del mismo. La importancia de Dworkin radica precisamente en haber aportado argumentos contra el positivismo en el momento en que éste había alcanzado mayor fuerza y difusión. En concreto, Dworkin critica la tesis positivista según la cual no existe una conexión necesaria entre Derecho y moral: la principal pretensión de Dworkin es construir una teoría del Derecho que no excluya el razonamiento moral y que muestre la importancia de *la teoría* para el razonamiento jurídico. En la exposición de este tema vamos a comenzar dando cuenta de la distinción entre reglas y principios, que constituye una de las primeras contribuciones Dworkin a la teoría del Derecho, y, posteriormente, estudiaremos su "teoría interpretativa del Derecho", desarrollada en sus trabajos más recientes.

### **1. LA DISTINCIÓN ENTRE REGLAS Y PRINCIPIOS**

#### **1.1. La base de la distinción**

La perspectiva adoptada por Dworkin para desarrollar su teoría del Derecho es la perspectiva de la aplicación judicial del Derecho. Dworkin sostiene que para tener una comprensión adecuada del ordenamiento jurídico debemos fijarnos en la práctica judicial: en cómo resuelven los jueces los casos y en qué normas aplican para resolverlos. Especialmente interesante es el estudio de los casos difíciles, es decir, de aquellos casos en los que las reglas aplicables no nos dan una solución determinada y concreta (bien porque faltan normas aplicables, bien porque hay varias normas aplicables que ofrecen soluciones distintas).

Desde esta perspectiva, sostiene Dworkin que, además de las reglas, los ordenamientos jurídicos incluyen otro tipo de normas: los principios. De manera que el primer ataque contra el positivismo consiste en la afirmación de que los sistemas jurídicos no son sólo conjuntos de reglas (como parecen suponer los positivistas). La distinción entre reglas y principios es trazada por Dworkin de acuerdo con tres criterios:

a) Las reglas son aplicables en la forma todo o nada, pero en cambio los principios no lo son. Si se da el supuesto de hecho de una regla, existen sólo dos posibilidades. O la regla es válida, y entonces deben aceptarse las consecuencias jurídicas, o no es válida, y entonces no cuenta para nada en la decisión.

b) El segundo criterio, vinculado con el anterior, establece que los principios tienen una dimensión que las reglas no poseen: una dimensión de peso que se muestra en las colisiones entre principios. Si colisionan dos principios (por ejemplo, el derecho a la vida y el de autonomía personal), se da un valor decisorio al principio que en el caso de colisión tenga un peso relativamente mayor, sin que con ello quede invalidado el principio con el peso relativamente menor. En otros contextos el peso podría estar repartido de manera opuesta. En cambio, en un conflicto entre reglas que sucede, por ejemplo, cuando una regla manda algo y otra prohíbe lo mismo, sin que una regla establezca una excepción para la otra, al menos una debe ser siempre válida.

c) Las reglas pertenecen al ordenamiento jurídico de acuerdo con su origen (pertenecen al sistema aquellas reglas que en última instancia derivan de la regla de reconocimiento), pero los principios pertenecen al sistema en función de su contenido y fuerza argumentativa.

Dworkin distingue dos tipos de principios: los principios en sentido estricto, que son aquellos que recogen exigencias de justicia y equidad (por ejemplo, el principio de igualdad, el de legalidad, etc.), y las directrices, que son aquellos que establecen los objetivos sociales que se deben alcanzar y se consideran beneficiosos (una situación de pleno empleo, aumento del nivel de vida, etc.). Los principios (sean de uno u otro tipo) cumplen la función de solucionar casos de

lagunas y ayudar a interpretar las reglas. Incluso pueden quedar desplazadas (esto es, pueden no aplicarse a un caso concreto) aquellas reglas que se considere que violan un principio importante.

## **1.2. Consecuencias de la distinción entre reglas y principios**

### a) La crítica a la regla de reconocimiento.

La primera consecuencia que puede extraerse de la distinción entre reglas y principios, según Dworkin, es la insuficiencia de la regla de reconocimiento para dar cuenta de todo el sistema. La idea de una norma que permite identificar el resto de normas al dar los criterios de pertenencia de las mismas al sistema sólo sirve para aquellas normas que pertenecen al sistema de acuerdo con su origen; los principios, en cambio, como hemos visto, pertenecen al Derecho por su contenido, por lo que no pueden ser identificados por la regla de reconocimiento. No es posible dar un criterio formal y a priori para determinar cuándo tienen que ser aplicados a un caso: esto depende exclusivamente de su contenido.

### b) La conexión entre Derecho y moral.

Otra consecuencia de la distinción entre reglas y principios es que podemos advertir -dice Dworkin- que existe una conexión entre Derecho y moral. El razonamiento jurídico invoca y utiliza principios que los tribunales desarrollan mediante un lento proceso de discusión y creación de precedentes. Estos principios son específicamente morales. En consecuencia, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, en el sentido de que los principios morales juegan un papel muy importante en el razonamiento jurídico, especialmente en los casos difíciles. Y, por tanto, la tesis central del positivismo -la separación entre el Derecho y la moral- es falsa; no se puede separar el razonamiento jurídico del razonamiento moral.

### c) La tesis de la única respuesta correcta.

La tercera consecuencia de la distinción entre reglas y principios es que, aunque puede haber situaciones en las que no resulta aplicable ninguna regla concreta, ello no implica que no puedan aplicarse los principios. Puesto que los jueces no solo disponen de reglas para solucionar los casos concretos, sino también de principios, entonces siempre habrá una respuesta correcta para cada caso que se plantee.

Cuando nos encontramos ante un caso difícil no es una buena solución dejar libertad al juez porque éste no está legitimado para dictar normas (y mucho menos normas con carácter retroactivo). Al juez se le debe exigir que busque criterios para justificar su decisión; no se puede dejar la solución del caso a su criterio subjetivo. Para saber qué principios son aplicables a un determinado caso, es necesario que el juez entre en consideraciones teóricas que cada vez son más amplias. Cualquier problema práctico concreto sólo puede ser resuelto de una forma coherente con decisiones futuras y pasadas si se toma en el marco de una teoría. Al estudiar la teoría interpretativa del Derecho de Dworkin veremos de forma pormenorizada cómo proceden los jueces en los casos difíciles, pero antes vamos a realizar alguna consideración crítica sobre la distinción entre reglas y principios que acabamos de estudiar.

### **1.3. Crítica a la distinción entre reglas y principios**

Este modelo de distinción entre reglas y principios ha sido objeto de numerosas críticas. De todas ellas sólo vamos a reproducir aquí la que se refiere a la interpretación que Dworkin hace de la regla de reconocimiento. Por un lado, aunque parezca demasiado trivial, el Derecho contiene principios explícitos (por ejemplo, pensemos en la gran cantidad de ellos contenidos en nuestro texto constitucional) que serían identificables, al igual que las reglas del sistema, mediante la regla de reconocimiento. Por otro lado, se ha dicho que la interpretación que Dworkin hace de la regla de reconocimiento es demasiado restrictiva, en el sentido de que es posible interpretarla o modificarla de manera que incluya a los principios no explícitos. Para ello, basta con ampliar la regla de reconocimiento de manera que tenga en cuenta el contenido de las

normas. Por ejemplo, Carrió escribe lo siguiente (como ejemplo de que la regla de reconocimiento sí puede tener en cuenta cuestiones de contenido): "Imaginemos un país que carece de Constitución escrita. Imaginemos además que en aquella Constitución los jueces y funcionarios rechazan sistemáticamente como normas válidas las que son contrarias a los preceptos del Corán. Este criterio no haría referencia exclusivamente al origen de la norma, porque tendría en cuenta el contenido".

## **2.- LA TEORÍA INTERPRETATIVA DEL DERECHO**

### **2.1 Introducción. Los desacuerdos en el Derecho y la crítica a las teorías semánticas del Derecho**

Es en sus últimos trabajos -A Matter of Principle, de 1985 y Law's Empire, escrito un año después, en 1986- donde Dworkin ha desarrollado su "teoría interpretativa del Derecho". En estos trabajos Dworkin introduce la idea de la interpretación como núcleo central de toda su teoría acerca del Derecho. Dworkin compara la interpretación en el Derecho con la interpretación en la literatura, y sugiere la conocida metáfora entre el Derecho y una novela escrita "en cadena" por varios escritores, cada uno de los cuales recibe del anterior una parte ya escrita y debe continuar la tarea teniendo como objetivo que la novela resultante sea la mejor posible. Para ello necesita interpretar el material recibido, de manera que pueda determinar cuáles son las posibles lecturas "coherentes" del mismo y fijar por tanto cuáles son las opciones que tiene para escribir su parte. Dentro de estas opciones su elección no será libre, porque el novelista deberá continuar escribiendo de modo que se consiga que la novela resultante sea el mejor ejemplo posible del género al que pertenece, para lo cual tendrá que elegir la interpretación de lo ya escrito que más se adecue a los valores estéticos, y escribir su parte de modo coherente con dicha interpretación.

Es en su libro Law's Empire, donde Dworkin pretende desarrollar su "teoría interpretativa del Derecho". En el prefacio de este libro afirma lo siguiente:

"Este libro establece en toda su extensión la respuesta que he estado desarrollando, paso a paso, durante varios años: que el razonamiento jurídico es un ejercicio de interpretación constructiva, que nuestro Derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas jurídicas como un todo, que consiste en la mejor historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que pueden ser" (Dworkin, 1986, p. vii).

La teoría "interpretativa" se opondría a las teorías "semánticas", que serían aquellas según las cuales los juristas utilizarían fundamentalmente los mismos criterios para decidir cuándo una proposición acerca del Derecho es verdadera o falsa. De entre las teorías que Dworkin considera "semánticas", la que más le interesa y con la que va a entablar la discusión es el positivismo jurídico, más concretamente en la versión del mismo que defiende Hart. Dworkin justifica esta elección atendiendo a que se trata de la versión más plausible de las teorías semánticas. El positivismo jurídico de Hart, según lo presenta Dworkin, se caracterizaría por adoptar el punto de vista del "hecho evidente"; según este punto de vista, para que algo sea calificado como Derecho debe necesariamente corresponderse con ciertos hechos históricos. De este modo, dice Dworkin, tiene que resultar "evidente" si **algo** debe ser considerado como integrante del Derecho o no, por lo cual para estas teorías la existencia de desacuerdos teóricos sería, en opinión de Dworkin, prácticamente imposible. Los únicos desacuerdos "sensatos" serían, entonces, los "empíricos" (donde se duda sobre "si realmente se han dado" o no los hechos históricos de los que depende la existencia del Derecho) y no los "teóricos" (que serían aquellos en los que se discute "cuáles son" los fundamentos de los que depende la verdad o falsedad de una proposición acerca del Derecho).

Pero si esto es así, a estas "teorías semánticas" todavía les queda por explicar, dice Dworkin, por qué a veces los jueces y los abogados discuten, a propósito de la solución de un determinado caso, como si se tratara de genuinos desacuerdos "teóricos". En opinión de Dworkin nadie aceptaría seriamente el que todas las discusiones a propósito de qué es lo que el Derecho

establece en un punto determinado sean fruto de errores o de fingimientos. Por eso Dworkin considera que es imposible dar criterios semánticos que determinen, en todo caso, si algo debe ser considerado como Derecho o no. La única manera de extraer este "aguijón semántico" y ofrecer, por tanto, una explicación satisfactoria de los desacuerdos teóricos acerca del Derecho exige, en su opinión, abandonar las teorías semánticas y optar por una perspectiva de análisis del Derecho diferente: una teoría que considere al Derecho como un concepto interpretativo.

## **2.2. La teoría interpretativa del Derecho**

Para Dworkin el Derecho es una práctica social, que se compone tanto de un conjunto de reglas, como de una serie de valores que dichas reglas pretenden desarrollar. En opinión de Dworkin, la interpretación del Derecho se desarrolla preferentemente según un modelo basado en valores, es decir, abordando la interpretación desde una "perspectiva constructiva", cuyo objetivo consiste en mostrar el objeto interpretado desde su "mejor ángulo". Para llevar a cabo este tipo de interpretación se requiere que los participantes en la concreta práctica jurídica desarrollen frente a la misma una actitud interpretativa. Esta actitud exige la presencia de dos factores. El primero consiste en la presuposición de que la práctica posee un "sentido", o lo que es lo mismo, que sirve a ciertos propósitos o valores. El segundo elemento supone el reconocimiento de la primacía de tales valores frente a las reglas, lo que implica cierta "flexibilidad" en la aplicación de estas reglas que constituyen la práctica. En aquellas sociedades en las que se haya desarrollado la actitud interpretativa frente a la práctica del Derecho (y sólo en ellas<sup>12</sup>), el fenómeno jurídico puede analizarse -en opinión de Dworkin- a partir del paso por las

---

<sup>12</sup> En este punto nos encontramos ya con una de las características de la teoría de Dworkin: no pretende ser una teoría general del Derecho con alcance general, sino únicamente una teoría que dé cuenta de los Derechos de una particular cultura jurídica, más concretamente, de aquellos Derechos que puedan generar la actitud interpretativa, para lo cual las prácticas jurídicas deben estar moralmente justificadas. Esta limitación del alcance de la teoría de Dworkin, que no estaría presente en sus primeras obras, aparece sin embargo de modo expreso en Law's Empire (cfr. Ruiz Manero, 1990, pp. 189 y ss.).

tres etapas interpretativas. Veamos ahora cómo se configura cada una de estas etapas en relación con el Derecho.

a) La etapa preinterpretativa. El problema de la identificación del Derecho

En la primera etapa, la preinterpretativa, se trata de identificar el objeto interpretado y calificarlo como perteneciente a un determinado género. En el caso del Derecho el objeto que debe identificarse viene constituido por los distintos materiales jurídicos (las reglas positivas) que conforman la práctica jurídica; para que se desarrolle la actitud interpretativa -dice Dworkin-, es necesario que previamente exista un acuerdo inicial suficiente sobre qué prácticas son prácticas jurídicas, de manera que los juristas puedan posteriormente argumentar sobre la mejor interpretación de unos datos que deben ser, prima facie, los mismos.

b) La etapa interpretativa. La búsqueda de un "significado" para el Derecho

La segunda etapa es la que Dworkin denomina como la propiamente interpretativa; en ella se trata de averiguar cuál es el "sentido" de la práctica social. En el caso del Derecho, este "sentido" viene configurado fundamentalmente por los principios que son los que permiten ver a la práctica como una unidad que sirve a ciertos valores y propósitos. A partir de aquí, ya puede entrar a operar la idea de integridad, en el sentido de que todos los materiales jurídicos deben verse como una unidad, unidad que viene conformada por el conjunto de los principios por el que haya optado cada interpretación. En este sentido, el intérprete debe operar como si el Derecho fuera fruto de "una" voluntad y esos principios representaran "sus" intenciones.

Pero hay que tener en cuenta que, normalmente, las reglas jurídicas no persiguen un único objetivo, o sirven a un único valor, sino a varios al mismo tiempo, y que es posible, incluso, que algunos de ellos resulten contradictorios entre sí. De este modo, nos encontramos con que en esta etapa interpretativa dispondremos de distintas teorías que pugnan entre sí por dar cuenta de los materiales jurídicos existentes; estas teorías se conformarán a partir de las posibles interpretaciones de los materiales existentes, recogiendo unos determinados principios y dejando fuera a otros. La labor de esta etapa es, por tanto, la de mostrar las distintas interpretaciones (o

teorías) que pueden adecuarse a los materiales identificados como pertenecientes al Derecho en la etapa anterior. Pero es posible que algunas de estas interpretaciones den cuenta de ciertos materiales, dejando fuera a otros; es más, puede resultar incluso imposible encontrar una interpretación que dé cuenta de todos estos materiales porque algunos de ellos pueden ser incompatibles entre sí (piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de que existan errores institucionales, como leyes inconstitucionales no invalidadas, o sentencias firmes contrarias a las leyes).

En esta segunda etapa el concepto clave es el de adecuación ["*fit*"] entre el "sentido" descubierto a través de cada interpretación, y los materiales previamente identificados como jurídicos en la etapa preinterpretativa.

### c) La etapa postinterpretativa. La reformulación del Derecho

La tercera etapa es la que Dworkin denomina etapa postinterpretativa; en ella se trata de elegir una de entre las distintas teorías desarrolladas en la etapa anterior y que pugnan por ofrecer la mejor interpretación de los materiales jurídicos. Los criterios que en opinión de Dworkin sirven para llevar a cabo esta elección se basan en los valores que pueden mostrar a la práctica en cuestión como el "mejor ejemplo posible" del género al que se considera que pertenece. Cuáles son esos valores que aquí deben operar vendrá establecido por los denominados "juicios evaluativos primarios" (aquellos que nos dicen qué es lo valioso en un determinado género), que en el caso de las prácticas sociales determinan que hay que acudir a los valores morales.

El concepto clave aquí es el de "*soundness*"<sup>13</sup>; se trata de una pretensión que se debe predicar de las distintas teorías o interpretaciones que pretenden dar cuenta de un determinado Derecho. Una de las tesis principales de la teoría de Dworkin consiste precisamente en sostener que siempre podrá llegarse a una interpretación (una teoría) que muestre al objeto interpretado

---

<sup>13</sup> Es difícil encontrar una traducción adecuada para este concepto; entre los posibles candidatos nos encontramos con "solidez", "corrección", "bondad", etc.; cada uno de los cuales parece plantear problemas. Aquí, por tanto, no nos decantaremos por ninguna de estas traducciones y usaremos la expresión en inglés.

como el mejor caso posible del género al que se considera que pertenece. En esta etapa se trataría de llevar a cabo juicios evaluativos de los considerados por Dworkin como "secundarios"<sup>14</sup> y que serían los encargados de determinar cómo una concreta práctica jurídica puede desarrollar al máximo esos valores, de manera que pase a ser la mejor práctica posible de entre las distintas interpretaciones que admitan los materiales identificados e interpretados en las etapas anteriores.

Si el Derecho sirve a varios valores y no sólo a uno, entonces podría considerarse que las distintas interpretaciones del fenómeno jurídico harían prevalecer a un determinado principio o valor frente a los otros, de manera que no podría decirse que una de ellas es la única correcta. Dworkin parece rechazar esta posibilidad porque en su opinión siempre es posible encontrar una interpretación que sea la mejor (que será la que determine la única respuesta correcta para un caso concreto) y que implique la pretensión de que las otras interpretaciones son incorrectas, pero para ello se requiere "salir" del Derecho (en el sentido "usual" del término Derecho, no en el dworkiniano) y acudir a razonamientos morales.

El juez Hércules se debe situar precisamente en la etapa postinterpretativa y su tarea consiste en resolver los casos concretos a través de la elaboración de la mejor teoría que reconstruya todo el sistema jurídico. Es en este sentido en el que puede decirse que Dworkin adopta una visión holística o integradora respecto al fenómeno jurídico. Pero se trata del fenómeno jurídico visto no desde la perspectiva del legislador (como un conjunto de pautas que pretenden guiar la conducta de los ciudadanos), sino como el Derecho aplicable a un caso concreto, como la búsqueda de la decisión justificada<sup>15</sup> para ese caso: la única respuesta correcta.

---

<sup>14</sup> Los "juicios evaluativos secundarios" serían aquellos que nos dicen cómo debe interpretarse un determinado objeto para que el mismo se considere como el mejor ejemplo posible del género al que pertenece, es decir, para que los valores identificados a través de los "juicios evaluativos primarios" se encuentren desarrollados al máximo de sus posibilidades.

<sup>15</sup> En opinión de Dworkin, en este contexto la exigencia de que la decisión esté "justificada"

De acuerdo con lo visto, las tesis de Dworkin respecto a la configuración del Derecho como un concepto interpretativo podrían representarse esquemáticamente del siguiente modo:

**IDENTITY** ----> (1) ETAPA PREINTERPRETATIVA: Materiales prima facie jurídicos (reglas positivas)

|  
|  
|  
| + Principios que dan cuenta  
| de esos materiales  
|  
|

**FIT** -----> (2) ETAPA INTERPRETATIVA:  
Posibles teorías que dan cuenta de (1) [aunque en ocasiones sea necesario excluir algún material]

|  
|  
| + Valores sustantivos  
|  
|

**SOUNDNESS** ---> (3) ETAPA POSTINTERPRETATIVA: Una única teoría (=> única respuesta correcta para los casos particulares)

Ahora bien, este esquema precisa algunas aclaraciones:

(1) La primera es que Dworkin parece concebir las etapas que en él se representan como un proceso que es necesario completar para una aceptable comprensión del fenómeno jurídico, de manera que es necesario recorrer todos sus pasos hasta llegar a la etapa postinterpretativa.

(2) La segunda aclaración es que, ello no obstante, la relación que existe entre estos diferentes niveles no es lineal o secuencial, como este esquema parece sugerir, sino más bien circular.

---

implica, al mismo tiempo, la justificación jurídica y la justificación moral, y ello porque en la etapa postinterpretativa ambas se confunden.

Dworkin alude en este punto a una comparación con la idea del equilibrio reflexivo de Rawls; de este modo, las actividades consistentes en identificar los materiales, buscar una interpretación para esos materiales y reformular los mismos de manera que se adapten lo mejor posible a los valores sustantivos no son tareas que se realizan sucesivamente, sino que se encuentran interrelacionadas de un modo que podría calificarse como "recursivo".

(3) La tercera matización consiste en que para entender correctamente el planteamiento dworkiniano es necesario poner en relación esta construcción con la perspectiva del caso concreto que es la que adopta Dworkin: Su objetivo no es abordar el Derecho, visto como un todo, sino exclusivamente la reconstrucción que del mismo se hace a partir del planteamiento de un determinado caso concreto problemático. En otras palabras, la suya es más una teoría de la aplicación del Derecho que una teoría del Derecho; o más precisamente, una teoría sobre la aplicación de determinados Derechos: aquellos que puedan considerarse como justificados<sup>16</sup>.

(4) Estas consideraciones nos llevan a la última aclaración que hay que realizar: el objetivo de la teoría de Dworkin consiste, por un lado, en llevar a cabo una "reconstrucción" de lo que los jueces de esos sistemas hacen, pero que, por otro lado, incorpora al mismo tiempo gran cantidad de elementos prescriptivos acerca de lo que dichos jueces debieran hacer.

### **2.3 Teoría y práctica jurídica**

Dworkin reclama también la naturaleza interpretativa para la teoría jurídica, y ello no como una pretensión distinta a la de la naturaleza interpretativa del Derecho, ya que Dworkin niega reiteradamente la distinción entre teoría y práctica jurídica. La tesis de la equiparación entre la teoría y la práctica jurídica resulta bastante oscura. Para intentar entenderla es

---

<sup>16</sup> Recordemos que su teoría no pretende ser una teoría aplicable a cualquier Derecho, sino sólo a aquellos frente a los cuales pueda desarrollarse la actitud interpretativa, para lo cual se requiere que puedan ser moralmente justificados, y ello porque el modelo interpretativo dworkiniano, como vimos, es un modelo basado en valores y éstos se configuran por tanto como condición sine qua non de la interpretación.

imprescindible tener en cuenta que el concepto de Derecho en el que Dworkin piensa es equivalente al Derecho que resulta del proceso de aplicación del Derecho a un determinado caso y que, según sus tesis, los jueces deben descubrir los derechos de las partes a través de un entendimiento no sólo de las reglas relevantes, sino también de los principios morales implicados en la historia institucional del Derecho en cuestión. De este modo, nos encontramos con que la teoría (que, en este punto, debe identificarse fundamentalmente con la dogmática jurídica) y la práctica (la aplicación del Derecho) se encuentran profundamente interconectadas en el siguiente sentido: por un lado, para la práctica del Derecho se requiere la teorización, en el sentido de una articulación y defensa de determinados principios morales, y es a través de esta teorización como se podrá llegar a descubrir la respuesta correcta; cada una de las posibles interpretaciones de los materiales prima facie jurídicos que se encuentran disponibles en la etapa interpretativa constituye -como hemos visto- una doctrina, una teoría acerca de un determinado Derecho; esto nos puede ayudar a entender por qué, para Dworkin, Derecho y ciencia del Derecho no son cuestiones distintas: la ciencia del Derecho (la dogmática) contribuye de forma decisiva a conformar el Derecho que a Dworkin le interesa (el Derecho aplicable al caso). Y, por otro lado, cualquier intento de explicar (desde un punto de vista teórico) una práctica social del tipo del Derecho debe incluir exactamente el mismo tipo de razonamiento requerido para los participantes en tal práctica. Esta postura de Dworkin equipara el punto de vista exigido a los participantes en la práctica del Derecho (principalmente a los jueces) con el punto de vista que deben adoptar los teóricos del Derecho. En otras palabras, sólo se puede dar cuenta satisfactoriamente de una práctica social como el Derecho, adoptando el punto de vista interno.

#### **2.4 Observaciones sobre el concepto interpretativo de Derecho de Dworkin**

Vamos a realizar algunas consideraciones finales centradas en dos de los aspectos más polémicos del concepto interpretativo de "Derecho" de Dworkin: a) el carácter iusnaturalista o no de su concepción, y b) su distanciamiento del significado usual de Derecho.

**a) ¿Es iusnaturalista la concepción de Dworkin? El problema del Derecho injusto.**

Como hemos visto, Dworkin sostiene que, en la etapa postinterpretativa, se establece una relación entre el Derecho y la moral<sup>17</sup>. Son los principios morales los que se utilizan para juzgar la "*soundness*" de las teorías que pugnan por dar cuenta (por interpretar) los materiales jurídicos existentes y para elegir entre ellas la que ofrece una mejor visión de la práctica jurídica. Son los valores morales, por tanto, los que se utilizan para juzgar las prácticas sociales, del mismo modo que los valores estéticos serían los utilizados para juzgar las interpretaciones de las obras de arte. Pero no debemos perder de vista que el análisis de la conexión que Dworkin establece entre Derecho y moral debe realizarse una vez que nos situamos en la etapa postinterpretativa. Si no es así, surgirán problemas a la hora de comprender el alcance de sus tesis.

Diversos autores han discutido largamente acerca de si este autor mantiene una concepción iusnaturalista respecto al concepto de Derecho, encontrando tanto argumentos a favor (los estándares morales desempeñan en su obra un papel importante en la aplicación del Derecho) como en contra (también se reconocen como pertenecientes al Derecho los estándares jurídicos contrarios a la moral) de dicha tesis. Para solucionar esta controversia debemos empezar recordando cuál es la perspectiva desde la que Dworkin aborda el Derecho: la etapa postinterpretativa. Dworkin reconoce que esta perspectiva no puede adoptarse frente a todos los fenómenos que usualmente son reconocidos como Derecho; y éste sería precisamente el caso de los Derechos injustos, es decir, aquellos a los que subyacen principios inmorales. Esta imposibilidad radica en que, para poder situarse en la etapa postinterpretativa, se requiere haber desarrollado la actitud interpretativa, y esta actitud exige, en opinión de Dworkin, una aceptación

---

<sup>17</sup> Lo que no queda nada claro en la teoría de Dworkin es con qué moral se establece esta conexión. En algunas ocasiones, Dworkin parece referirse a la moral social, pero en otros momentos la moral a la que alude parece convertirse en una moral crítica.

plena, puesto que las proposiciones que se hacen desde esta perspectiva pertenecerían al punto de vista interno pleno.

Ahora bien, Dworkin no considera que esto implique negar la calificación de "Derecho" a aquellos sistemas jurídicos a los que les faltan los rasgos esenciales para que se encuentren justificados, sino más bien lo que ocurre es que ellos no se incluyen en el objeto de su teoría. Frente a ellos, dice Dworkin expresamente, debería adoptarse la actitud del escepticismo interno global, aquel que considera que el objeto en cuestión no sirve a ningún buen propósito y que, por tanto, ninguna interpretación del mismo puede ser presentada como la mejor posible (Dworkin, 1986, pp. 76 y ss.). Estos fenómenos serán "Derecho" en el sentido preinterpretativo de este término, pero no podrán ser considerados como "Derecho" en su sentido postinterpretativo; esto explica el hecho de que Dworkin considera que, según las teorías semánticas, los Derechos perversos son casos de "Derecho" (puesto que, recordémoslo, estas teorías se ocupan precisamente del Derecho desde esta perspectiva), mientras que desde la teoría interpretativa (situada en la etapa postinterpretativa) no resulta posible considerarlos como tales (Dworkin, 1985.b, p. 90).

#### **(b) El distanciamiento del significado usual de Derecho. El "Derecho" como "Derecho aplicable a un caso"**

Teniendo en cuenta la ambigüedad proceso-producto del término "interpretación", podemos considerar que calificar al Derecho como un concepto interpretativo puede ser entendido de dos maneras distintas. La primera implica considerar que el Derecho debe ser visto como un proceso de interpretación. Con el segundo sentido se haría referencia a que el Derecho aparece como resultado de un proceso interpretativo, es decir, que es precisamente la actividad interpretativa la que determina el contenido del Derecho. Podría decirse que Dworkin utiliza indiscriminadamente ambos sentidos de "concepto interpretativo", pero quizás el que más nos ayuda a entender sus tesis es el segundo de los sentidos: el Derecho del que Dworkin habla sería

aquél al que se llega después de un proceso interpretativa. Si unimos esta idea a la consideración que la teoría de Dworkin es fundamentalmente una teoría sobre la aplicación (y habría que añadir el calificativo de "judicial") del Derecho, debemos concluir que, cuando Dworkin habla de "Derecho", hace referencia a aquellos estándares que resultan aplicables a un caso concreto, estándares que son los determinados en un proceso interpretativo con las características antes apuntadas.

En este sentido, MacCormick afirma que Dworkin parece adoptar una posición muy parecida a la de John Chipman Gray. Según éste último, el Derecho sólo sería real en el momento de su interpretación operativa, es decir, en el momento en que de hecho quede determinado mediante una decisión judicial que afecte a gente real. Del mismo modo -dice MacCormick- el Derecho dworkiniano, o Derecho como integridad, sólo puede ser el Derecho aplicable a un caso; desde el punto de vista de Dworkin, los textos legislados (y lo mismo podría decirse respecto a las otras fuentes del Derecho) pertenecen al Derecho en su estado preinterpretativo, mientras que la realidad del Derecho se encontraría en el proceso interpretativo y postinterpretativo (MacCormick, 1989, pp. 119 y ss.).

La reflexión a la que nos llevan estas consideraciones es si puede ser compatible la concepción de Dworkin con una concepción como la de Hart. El Derecho al que se refiere Dworkin es el Derecho visto desde la perspectiva postinterpretativa; en cambio, el Derecho al que se refiere Hart es, como él mismo reconoce expresamente, el Derecho observado desde la etapa preinterpretativa<sup>18</sup>, en la que el objetivo es la identificación de los materiales jurídicos. Esta es, por otro lado, la etapa más adecuada para quien se interese en la visión del Derecho como un conjunto de normas objetivas que provienen del legislador, es decir, identificables de acuerdo con ciertos criterios institucionales. En otras palabras, la teoría de Hart permitiría

---

<sup>18</sup> Cfr. Hart, 1987, p. 37, donde este autor admite que, en su libro El concepto de Derecho, su interés se sitúa precisamente en lo que Dworkin considera como la etapa preinterpretativa del Derecho.

responder a la pregunta, cuál es el Derecho de la sociedad **X**? (perspectiva del legislador que daría cuenta del "Derecho objetivo", es decir, del Derecho como conjunto de normas generales y abstractas que pretenden guiar la conducta de los miembros de **X**); mientras que Dworkin se ocuparía de, qué es lo que hay que hacer según el Derecho de **X**? (perspectiva del juez en lo referente al contexto de justificación, es decir, en cuanto tal discurso pretende, a partir del conjunto de estándares que conforman el "Derecho objetivo", establecer la norma que determine la solución para un caso concreto). De este modo, habría que concluir que no existen motivos para afirmar la incompatibilidad entre estas teorías, puesto que cada una de ellas centra interés en cuestiones distintas, y también podríamos decir que descuida aspectos importantes del fenómeno jurídico.

Por un lado, podemos considerar que la teoría de Dworkin descuida un aspecto fundamental, una teoría de las fuentes, y no contiene siquiera una referencia a la necesidad de elaboración de la misma para una teoría del Derecho completa. Pese a que Dworkin reconoce que para llegar a la etapa postinterpretativa es necesario pasar previamente por las dos anteriores, lo cierto es que este autor parece menospreciar todo lo relacionado con los criterios identificativos de los materiales jurídicos (la primera etapa); sin embargo, ellos serían esenciales para empezar el trabajo de determinar cuáles son esos estándares que los jueces tienen la obligación de aplicar y que, según su propia definición, conforman el contenido del Derecho. La teoría de Dworkin no contiene un análisis de las "fuentes" del Derecho (entendiendo por tales el origen, o modo de creación, de las normas jurídicas generales), sino una reconstrucción de todo el orden jurídico a partir de esas fuentes.

Pero, por otro lado, la teoría de Dworkin añade algo que no parece estar en teorías como la de Hart y que puede contribuir a la mejor comprensión del fenómeno jurídico: la idea de "coherencia", que es lo que permitiría ver al Derecho objetivo no como un mero conjunto de normas, sino como un conjunto de normas orientado, es decir, con ciertos objetivos. Este

elemento parece incluso necesario para dar cuenta de las funciones que el propio Hart atribuye al Derecho de guía de conducta de una determinada sociedad.

#### BIBLIOGRAFIA

- CALSAMIGLIA, Albert: Estudio preliminar a Ronald Dworkin, *Los Derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1989.
- DWORKIN, Ronald: *Los derechos en serio*, trad. Marta Gustavino, Ariel, Barcelona, 1989.
- DWORKIN, Ronald: *Law's Empire*, Belknap Press, Harvard, 1986. Existe traducción castellana de Claudia Ferrari, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988.
- LIFANTE VIDAL, Isabel. *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- LIFANTE VIDAL, Isabel. "La teoría de Ronald Dworkin: la reconstrucción del Derecho a partir de los casos", en *Jueces para la Democracia*, nº 36, 1999, pp. 41-46.
- RUIZ MANERO, Juan: *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.