

Teoría del participante *versus* teoría general del Derecho: una aproximación¹

Por ALBERT CALSAMIGLIA

Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

La teoría general del Derecho es una disciplina que ha conocido un desarrollo extraordinario en los últimos decenios. Su objetivo fundamental ha sido construir una teoría que sirva para describir cualquier derecho positivo de una forma precisa, objetiva y neutral. Es indudable que hoy sabemos describir mucho mejor el Derecho que en épocas anteriores, precisamente porque poseemos un arsenal conceptual mucho más depurado. Sin embargo, en este trabajo no continuaré en esta dirección sino que discutiré su propósito y su objetivo.

En los últimos tiempos se ha desarrollado una concepción de la teoría del Derecho con el objetivo de ofrecer criterios de solución a los problemas prácticos que tiene el usuario del Derecho. A estas teorías las denominaré teorías del participante. Las teorías de Dworkin, Nino o Greenawalt responden a esta inquietud.

¹ Este texto debe mucho a las discusiones que tuve con Carlos Nino en el seminario que dirigió en Barcelona a finales de 1992 cuyo objetivo fundamental fue analizar los límites de la teoría general del derecho y la discusión filosófica de un concepto normativo de derecho útil para el participante. Las estimulantes ideas de Carlos Nino sobre este tema pueden verse en su obra póstuma *Derecho, Moral y Política*. Barcelona, Ariel, 1994. Debo agradecer a los profesores Bulygin, Caracciolo, Comanducci, Gargarella, Guastini, Moreso, Rosenkranz y al grupo de la Universidad de Génova las críticas y comentarios a este trabajo. Algunas de las ideas de este trabajo fueron presentadas y discutidas en Vaquerías en septiembre de 1995 y en Toledo en marzo de 1997. Debo agradecer a la CIRIT la ayuda que ha ofrecido al grupo de Filosofía del Derecho de la Universitat Pompeu Fabra.

El propósito de la teoría general del Derecho es radicalmente distinto: no pretende ofrecer soluciones a los problemas prácticos, sino construir una teoría del Derecho objetiva y neutral que responda a las necesidades intelectuales y cognitivas de los juristas. Las teorías de Kelsen, Hart o Bulygin son ejemplos de esta posición.

Voy a analizar los siguientes problemas: Primero, si la teoría general del Derecho puede ofrecer respuesta a los principales problemas que se plantea el participante. Mi respuesta será negativa. La teoría general del Derecho trata de describir el derecho positivo mientras que las teorías del participante tratan de responder a la cuestión cómo debo actuar². En este sentido se podría afirmar que las dos teorías constituyen sistemas distintos e incomensurables porque ofrecen respuestas a cuestiones distintas. Algunos autores han mantenido que el punto de vista del participante tiene un privilegio epistemológico y es la única forma de aprehender el Derecho³. No puedo dedicar atención a esta cuestión pero debo afirmar —dogmáticamente— que un punto de vista no excluye al otro.

Segundo, trataré marginalmente de los problemas de identificación del derecho, cuestión que ha sido discutida en la teoría del Derecho en lengua castellana⁴, y sostendré que el derecho no puede ser identificado como un objeto físico sino que defenderé que muchos conceptos jurídicos son conceptos contestados y que en el proceso de identificación existe valoración. En este sentido creo que se puede afirmar que existe una conexión entre el Derecho y las creencias morales de la sociedad, pero en una sociedad pluralista hay muchas concepciones de lo bueno y el compromiso es criticar y discutir y colaborar en esa creación de criterios. Esto correspondería a la tesis normativa de la teoría del participante según la cual el uso del Derecho requiere un fundamento moral y el Derecho no es más que una especie del discurso moral.

Tercero, defenderé que el Derecho es una práctica colectiva y, en la democracia, no garantiza una concepción moral de lo bueno, sino un mínimo moral que permite la convivencia de diversas concepciones del bien a través del procedimiento rawlsiano del consenso entrecruzado. Empezaré proponiendo una distinción entre positivistas coherentes e incoherentes.

² La pregunta cómo debo actuar es ambigua y puede querer decir muchas cosas, aquí me interesa destacar que es una pregunta que se hace el usuario del derecho y en relación a las decisiones jurídicas.

³ Una buena exposición del problema puede verse en ALFONSO RUIZ MIGUEL en su trabajo *Derecho y punto de vista Moral*, expuesto oralmente en Toledo en la primavera de 1997. Véase GEORGE SHINER, *Norm and Nature*. Oxford University Press, 1992 pp. 59 ss.

⁴ Véase MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO; *Las Piezas del Derecho*. Barcelona, Ariel, 1996. JUAN CARLOS BAYÓN, *La Normatividad del Derecho; Deberes Jurídicos y Razones para la Acción*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. RICARDO CARACCIOLLO, «Sistema Jurídico y Regla de Reconocimiento», *Doxa* núm. 9. JOSÉ JUAN MORESO y PABLO NAVARRO, *Orden Jurídico y Sistema Jurídico*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. EUGENIO BULYGIN, «Sobre la Regla de Reconocimiento», en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. *Análisis Lógico y Derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

POSITIVISTAS COHERENTES E INCOHERENTES: UNA CRÍTICA A LA TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

Denominaré positivistas coherentes a los que se limitan a describir el Derecho y positivistas incoherentes a los que además de describir tratan de prescribir cuáles son las respuestas a los problemas que se plantea el participante. La ciencia jurídica no sólo tiene funciones descriptivas, sino que también tiene funciones prescriptivas e ideológicas⁵. En todo caso, los teóricos del Derecho no siempre respetan el postulado de la independencia entre la ciencia y la política.

La función política e ideológica de la ciencia y la teoría jurídica es uno de los problemas fundamentales que ha preocupado al positivismo. El presupuesto de neutralidad debe ser respetado⁶. Este presupuesto ha sido interiorizado en muchas ocasiones de una forma que –desde mi perspectiva– es equivocada. El Derecho tiene que ver con la política. Pero no sólo el Derecho –lo cual difícilmente se puede negar– sino la ciencia del Derecho y en algunos casos la teoría del Derecho, son prescriptivas y recomiendan soluciones prácticas traicionando el presupuesto de neutralidad. Suponer que obedecer el Derecho es una obligación que tienen los jueces es incompatible con una teoría que tiene como objetivo describir el Derecho positivo. De la descripción de las normas que forman parte de un ordenamiento jurídico no se puede inferir cuáles son las obligaciones que tienen los jueces o ciudadanos, puesto que el presupuesto de la distinción entre ser y deber ser no permite responder a la cuestión por qué debo obedecer el Derecho⁷. Carlos Nino ha sostenido que éste es el teorema fundamental de la teoría jurídica contemporánea, puesto que la pregunta sobre cómo debemos comportarnos no puede responderse con descripciones a no ser que tomemos las descripciones como prescripciones, y eso requiere un juicio moral⁸.

Esta distinción es importante porque *no siempre* es seguida por los diversos autores positivistas. Algunos autores que podríamos denominar positivistas coherentes –como por ejemplo José Juan Moreso– mantienen una cierta cautela cuando afirman que «obviamente, en contextos de descripción de un ordenamiento jurídico alfa, decir que la conducta A es obligatoria, significa que de acuerdo a alfa la conducta es obligatoria (que hay una norma que alfa obliga a hacer A)». El problema es que los

⁵ Véase A. CALSAMIGLIA, *Introducción a la Ciencia Jurídica*, Barcelona, Ariel, 1986.

⁶ El presupuesto de neutralidad puede ser entendido de muchas formas. En principio, cabría afirmar que un conocimiento es neutral si no pretende justificar una política determinada. Kelsen fue un fiel defensor de la neutralidad del conocimiento jurídico frente a las teorías decimonónicas que en muchas ocasiones se convirtieron en siervas del poder.

⁷ Véase JOSÉ JUAN MORESO, «Disposiciones de Reforma Constitucional», en *Doxa* 10, 1991, pp. 215 ss. Véase JENARO CARRIÓ, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, 2 ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1965, pp. 375-409. Véase también RICARDO CARACCILO, «L'argomento della credenza morale», *Analisi e Diritto*, 1994.

⁸ Véase CARLOS NINO, «Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico». *Ragion Pratica*, 1, 1993.

contextos de descripción son los contextos jurídicos y los contextos de prescripción son los políticos, y que se debe separar lo político de lo jurídico no sólo para construir una teoría descriptiva del Derecho sino también para *usar* el Derecho. La ciencia jurídica –desde estos presupuestos– no puede ofrecer ninguna recomendación al usuario del Derecho, porque su arsenal conceptual sirve para describir y no para decidir. Moreso es cuidadoso cuando afirma que la cuestión de la obligatoriedad de las acciones es siempre relativa a códigos de reglas –jurídicas, religiosas, morales–. Esto no conlleva –según afirma Moreso– que «todo juicio de validez jurídica tenga en última instancia carácter moral». Estoy de acuerdo con este planteamiento con una acotación, todo aquel que usa una norma jurídica válida hace una elección moral de tomar esa norma como justificación de su acción y esa elección no es fruto del resultado de una ciencia sino de una elección moral –es decir, aceptamos la norma o el código⁹–. El positivista coherente describe las normas, pero ante la pregunta: ¿qué debe hacer?, se encoge de hombros, puesto que su teoría no puede ofrecer respuesta. El participante se encuentra que el positivismo coherente enmudece cuando le pregunta lo que más le interesa. En este sentido, el positivismo es incompleto¹⁰.

Se podría argumentar en defensa del positivismo que describe pero no justifica el sistema. Pero desde el punto de vista del participante, el modelo positivista sería insuficiente porque se limitaría a proclamar la indeterminación del Derecho. En el camino del uso del Derecho existen diversos pasos, que son objeto de controversia. El positivismo sólo se fija en el último –cuando ya sabemos cuál es la norma, su interpretación y la calificación de los hechos–. La operación de justificación es lógica, pero al participante no le interesa sólo la última fase del proceso sino también todas las anteriores¹¹.

No deja de ser sorprendente que todas las discusiones previas y necesarias para el proceso de aplicación del Derecho no estén sujetas a ningún criterio controlado –de alguna forma– por la razón. En todo caso, esa posición contrasta con las discusiones que los jueces y juristas se plantean. Pero queda demasiado fuera del alcance de este tipo de razonamiento que se muestra inadecuado para dar cuenta del razonamiento práctico. El proceso de razonamiento práctico no es exclusivamente lógico-deductivo sino la analogía y las presunciones juegan un papel fundamental y las conclusiones siempre se abren a la nueva crítica¹². Afirmar la insufi-

⁹ En el mismo sentido, JUAN CARLOS BAYÓN, *La normatividad del Derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 729.

¹⁰ Véase GERALD POSTEMA, «Law's Autonomy and Public Practical Reason», en Robert George ed. *The Autonomy of Law*. Oxford University Press, 1996, pp. 96 ss.

¹¹ Véase MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho*, *op. cit.*, pp. 157 s. Véase también JOSEPH RAZ, «On the Autonomy of Legal Reasoning», *Ratio Juris*, 1993, en donde concluye «even if law can effectually regulate its own creation it can never regulate its own interpretatio».

¹² Véase CASS SUSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*. Oxford University Press, 1996, p. 62, en donde mantiene que gran parte del razonamiento jurídico es analógico y casuístico.

ciencia del paradigma positivista no supone negarle validez, sino únicamente sostener que la herramienta es inadecuada para captar un aspecto importante del razonamiento jurídico.

Pero el positivismo no sólo es insuficiente para dar razón del razonamiento práctico, sino que en muchas ocasiones se desliza por la pendiente resbaladiza del positivismo ideológico. No es infrecuente que se considere que en línea de principios el positivismo no tiene nada que decir al participante, pero que luego afirme que las normas jurídicas tienen una fuerza justificatoria insustituible. Por ejemplo, Daniel Mendonca sugiere que «no puede desconocerse que los jueces normalmente justifican sus decisiones en las normas del sistema, identificadas de acuerdo con los criterios previstos en el mismo, sin incluir juicios morales y prudenciales. Es más, si en lugar de proceder de tal manera los jueces optaran por fundar sus decisiones en juicios morales, sus decisiones serían fuertemente criticadas y sus pronunciamientos resultarían probablemente descalificados. Ello pone en evidencia que, en un sentido importante y privilegiado, las disposiciones identificadas mediante criterios positivos poseen una fuerza justificatoria insustituible». Mendonca¹³ sugiere que uno ha de dejar de preguntar sobre el fundamento de la norma y usar –yo diría acriticamente– la norma como pauta de conducta. Pero ello, ¿acaso no supone traicionar el modelo de neutralidad? Los positivistas casi siempre rechazan el positivismo ideológico, pero cuando se les pregunta qué debe hacer el juez, la respuesta es que debe obedecer el Derecho. Si hacen eso, se convierten en incoherentes. La pregunta qué debo hacer jurídicamente –que se formula el participante– es distinta a la pregunta para la que el positivismo se ha construido y la respuesta que ofrece el positivismo es incoherente si continúa fundamentándose en el positivismo ideológico¹⁴.

Por otra parte, Mendonca tiene razón cuando afirma que criticaríamos al juez que juzgara según sus criterios individuales de justicia. Mi desacuerdo reside precisamente en considerar que de la descripción del Derecho surge una fuerza justificatoria. ¿Cuál es la fuente de la justificación? Este salto de la descripción a la prescripción se hace para evitar la crítica de irrelevancia práctica. La irrelevancia práctica –como ya he sostenido en otro lugar– no es un buen indicador del conocimiento científico. Quizá alguno de los problemas que acechan a la teoría general del Derecho proviene precisamente de que algunos de sus cultivadores –los que he denominado positivistas incoherentes– *quieren ofrecer respuestas relevantes* desde el punto de vista del usuario y por esto precisamente traicionan el principio de la neutralidad.

¹³ Véase DANIEL MENDONCA: «Sobre una concepción compleja de las normas». *Working Paper* que se publicará próximamente. Véase la posición distinta de EUGENIO BULYGIN, «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», en *Doxa* núm. 9, pp. 272 ss.

¹⁴ La pregunta qué debo hacer es ambigua. Por una parte, se puede hacer referencia a un deber ser técnico-jurídico –cuál es la conducta que debo hacer según el ordenamiento jurídico–, o bien, a un deber ser absoluto moral. Aclarar esta cuestión es importante porque es fácil pasar del uno al otro. Para los principales argumentos de la defensa de la sujeción a la ley, véase el trabajo de FRANCISCO LAPORTA, «El Imperio de la Ley», en *Doxa*, 1994.

La adopción de los presupuestos epistemológicos de la teoría general del Derecho positivista conduce a determinados resultados relevantes.

1. La teoría general del Derecho ha desvinculado las ciencias jurídicas del resto de las ciencias sociales y ha sugerido un estudio del Derecho aislado totalmente del fenómeno social para preservar el principio de neutralidad. El tipo de preguntas que se formula excluye el análisis de las consecuencias, los efectos distributivos, la relación con la política y convierte lo jurídico en algo totalmente aislado. La insularidad requiere concentrar la atención en las informaciones que sirven para resolver los casos sin que los aspectos creativos y estratégicos jueguen un papel importante. La insularidad es un obstáculo importante si se trata de construir una teoría que trate de resolver problemas prácticos. Esta insularidad está justificada si se trata de describir cuáles son las normas de un ordenamiento, pero el conocer las normas no es el único criterio para la toma de decisiones jurídicas. Existen otros elementos que debemos ponderar.

Podríamos concluir que si deseamos construir una teoría que sirva para la toma de decisiones jurídicas deberíamos abandonar el principio de insularidad. Desde el punto de vista de los usuarios del Derecho una herramienta que sólo tiene en cuenta las normas del pasado y no se plantea si en la selección de las normas hay valoraciones o si la identificación objetiva es posible, cuáles son las reacciones posibles de los ciudadanos, cuál es la decisión más eficaz o más eficiente, es insuficiente¹⁵.

También cabe destacar que los datos del pasado no son los únicos relevantes para la toma de decisiones. La distinción entre aplicación e invención ha sido defendida por positivistas y se reconoce que normas no pertenecientes al sistema jurídico son aplicables¹⁶. Si eso es así, entonces el positivismo está ofreciendo sólo una parte de los datos necesarios para el uso del Derecho. Como dice Greenawalt¹⁷, «*the basic theoretical position of legal positivism contains no answer to how much is resolved in advance by legal materials and how much is left to judicial determination in particular cases*».

2. El usuario o el participante del Derecho tiene intereses predominantemente prácticos. En principio, su pregunta no es qué es el Derecho, ni qué dice el Derecho, ni cuál es la estructura del Derecho. Su respuesta tiene que diferir de la teoría general del Derecho precisamente porque su pregunta es distinta. El participante en el Derecho se pregunta qué debo hacer jurídicamente. Esta es la cuestión que le preocupa y la teoría gene-

¹⁵ Véase mi trabajo «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?», en *Doxa* núm. 13, 1993.

¹⁶ Véase EUGENIO BULYGIN, «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *Doxa*, 9, 1991; JOSÉ JUAN MORESO, «Sobre las normas inconstitucionales», *Revista de Derecho Constitucional*, 1993; JOSEPH RAZ, «Why Interpret?», *Ratio Juris*, 1996 pp. 362 ss.

¹⁷ Véase KENT GREENAWALT, «Too Thin and Too Rich», en Robert George, ed., *The Autonomy of Law, op. cit.*, p. 15.

ral no le da respuesta¹⁸. La teoría general del Derecho no es un instrumento usado por la mayoría de los juristas para resolver sus problemas prácticos. El que no se use puede deberse a una reacción conservadora de los juristas o bien a que las herramientas no son adecuadas para su trabajo y no ofrece respuestas a los problemas que tiene el jurista práctico. En cambio, las teorías orientadas hacia el participante tienen una mayor presencia en los juristas prácticos porque ofrecen instrumentos que permiten analizar, decidir y justificar. Las teorías de Dworkin o de Posner tienen una mayor influencia en este ámbito que las teorías generales del Derecho a lo Kelsen, por esta razón.

La preocupación por responder a la cuestión qué debo hacer no es nueva. Esta es una pregunta eminentemente filosófica. Durante el predominio del emotivismo y del escepticismo, esta pregunta se calificó como una pregunta que carecía de respuesta racional. Pero estas doctrinas filosóficas han sido objeto de muchas críticas y podríamos afirmar que otras posiciones que legitimen las preguntas de carácter práctico no son anómalas como lo fueron en otras épocas. Incluso un no cognoscitivista como Moreso afirma que «desde posiciones no cognoscitivistas es también posible enmarcarse en la discusión de cuestiones normativas, y creo que estas discusiones son controlables racionalmente»¹⁹. También quisiera destacar que el iusnaturalismo se preocupó fundamentalmente de problemas prácticos y sugirió numerosas respuestas –en muchas ocasiones incompatibles entre sí–. Es cierto que los autores iusnaturalistas tuvieron también preocupaciones cognoscitivas pero éstas ocuparon un lugar subordinado. La andadura de la teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica de carácter positivista ha sido considerada por algunos equivocada, porque no da respuesta al problema genuino que tiene el participante. Veamos un ejemplo: Philip Soper se pregunta: ¿A quién interesa la teoría del Derecho de corte neutral? Su respuesta es que ni interesa al participante en el Derecho –se puede ser un buen jurista sin la complicada red conceptual de la teoría del derecho– ni al observador –sociólogo o antropólogo–. Seguramente sólo interesa a los propios cultivadores de teoría del Derecho que aceptan este modelo. Soper sostiene que la teoría del Derecho ha alcanzado un punto muerto y por ello entiende que la tra-

¹⁸ Véase JUAN CARLOS BAYÓN, *La normatividad del Derecho: deberes jurídicos y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 36, en la cual afirma que «la regla de reconocimiento, como cualquier regla social, existe como una práctica, como un hecho social de naturaleza compleja. Pero, como tal hecho, no puede constituir por sí sólo una razón que justifique acciones y decisiones, quien entienda que la existencia de ese hecho supone la de determinadas razones para actuar que no existirían igualmente en caso contrario, tiene que estar desarrollando un razonamiento práctico complejo en el que se atribuye relevancia práctica a aquel hecho en virtud de la aceptación previa de alguna clase de regla que *no puede ser* la propia regla de reconocimiento en tanto que práctica social (y que muy verosímilmente habría de ser una regla o principio moral). El intento de aislar el discurso jurídico práctico del discurso moral en general –o lo que es lo mismo, de postular la existencia de razones jurídicas como una clase especial, independiente y autónoma de razones justificativas– quedaría en cualquier caso puesto en entredicho».

¹⁹ Véase JOSÉ JUAN MORESO, *El encaje de las piezas del Derecho*, borrador, 1997.

dición de Austin a Hart ha extinguido las relaciones y conexiones con cualquiera de los propósitos que proporcionan sentido a la vida humana. Soper afirma que la teoría del Derecho ha tomado un rumbo equivocado, porque se produce una divergencia entre el fenómeno que analiza y la experiencia de los ciudadanos. La solución al problema no es olvidarse de la teoría del Derecho sino reorientarla, y para reorientarla debería acercarse a la filosofía moral cuya preocupación fundamental es responder a la cuestión qué debo hacer. La teoría del Derecho se dirigiría a todos aquellos que estuvieran preocupados por responder por qué debo actuar. Al enfocar la teoría del Derecho como una rama de la filosofía moral, se estaría en condiciones de explicar la naturaleza del error que ha tenido lugar en el ámbito de la teoría del Derecho. Poco más adelante, Soper pone un ejemplo que explica muy bien su posición, «el problema es análogo al de pronunciar en una convención de relojeros un discurso sobre la cuestión ¿qué es el tiempo?, cuando es el caso que todo lo que podría concebiblemente interesar a los asistentes es el problema de cómo medir el tiempo de manera más precisa»²⁰.

La posición de Soper es exagerada porque da a entender que no es posible una teoría general del Derecho. Pero aquí no me interesa discutir la compatibilidad sino el aspecto más constructivo de la teoría del participante.

Su pregunta y sus presupuestos son distintos y, por tanto, su respuesta deberá serlo también. Establecer puentes con la filosofía moral y con la teoría política significa que la cuestión «¿qué es el Derecho?» no se puede separar de la cuestión ¿por qué se debe obedecer el Derecho? Una teoría del Derecho que quiera ofrecer solución a los problemas prácticos debe responder a las dos cuestiones y eso supone que uno de los pilares del paradigma neutralista²¹ se destruye como paso previo para la construcción de una teoría desde el punto de vista del participante. Algunos positivistas —como por ejemplo Raz— así lo han reconocido. En su trabajo *Why interpret?* Raz sostiene la siguiente tesis metodológica: todo sistema jurídico pretende estar justificado éticamente y esto es inherente al Derecho. Si eso es cierto, debemos entender *como si* el pueblo o la gente lo entendiiera de esta manera y por tanto debemos entender como si estuviera justificado. Si eso es cierto, entonces debemos aceptar que las decisiones del pasado fueron correctas²². Este razonamiento es un razonamiento moral porque responde a la cuestión si se debe o no obedecer al Derecho. Tal como lo presenta se produce un salto de las pretensiones de legitimidad a la justificabilidad de las decisiones.

La conexión entre el Derecho y la política, tal y como la formularemos, supone una concepción del Derecho como un caso típico de prác-

²⁰ Véase PHILIP SOPER, *Una teoría del Derecho*, Madrid, CEC, 1993, especialmente, pp. 23 ss.

²¹ Para el problema de la normatividad del Derecho véase JUAN CARLOS BAYÓN, *La normatividad del Derecho. op. cit.* Véase también GERALD POSTEMA, «The Normativity of Law», en Ruth Gavison ed., *Issues in Contemporary Legal Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1987.

²² *Ratio Iuris*, 1996, p. 358.

tica colectiva y que, por tanto, responderá a criterios de racionalidad distintos a los de la racionalidad individual y un elemento consensual democrático de segundo orden que excluye lo primero mejor –que es el planteamiento moral–. Pero en la filosofía moral –y también en la política– encontramos la pregunta y propuestas de respuestas a la cuestión relevante para el participante. Normalmente, se atribuye a los partidarios de la teoría del participante un compromiso fuerte con una concepción de la moral objetiva o una forma del realismo moral. Esta exigencia no es necesaria. Si enfocamos el problema desde la perspectiva del pluralismo, no es necesario estar de acuerdo en una moral objetiva sino encontrar un terreno común que permita la discusión de diversos ideales morales. En este sentido, el Derecho es un sistema normativo de segundo orden (*second best*).

3. El salto de la descripción a la prescripción es necesario para poder ofrecer razones al participante en el Derecho. Incluso los más neutralistas necesitan sostener que las normas deben ser las premisas del razonamiento práctico y esto supone un compromiso justificatorio. Este es el sentido que tiene el teorema fundamental de la teoría jurídica sugerido por Nino. Si describimos podemos ser neutrales; pero si queremos hacer algo más que describir, entonces necesitamos más compromisos, porque las descripciones no se pueden transformar en razones para la acción, a no ser que presupongamos algo más. Y ese salto no se puede dar desde los presupuestos positivistas²³. Si justificamos jurídicamente estamos justificando, no estamos describiendo.

4. Sólo un esencialista puede exigir un sólo concepto de Derecho. La filosofía analítica es heredera del convencionalismo y la pregunta por el verdadero concepto de Derecho no tiene mucho sentido. No hay ninguna razón que impida el uso de diversos conceptos de Derecho en función de las diversas necesidades de la investigación. En muchas ocasiones, parece como si el único concepto de Derecho posible fuera el concepto descriptivo usado por la teoría general del Derecho. Pero, ¿acaso no es posible construir un concepto de Derecho que sea útil para el participante? Nino ha sostenido que no hay ninguna razón para ser esencialista y que muchos autores convencionalistas de palabra se comportan de forma esencialista. Esa es una batalla que todavía el convencionalismo debe ganar, pues existen residuos esencialistas entre los teóricos generales del Derecho. Para progresar en el argumento, exploraré qué concepto de derecho sería útil para desarrollar una teoría del participante y cuáles serían las herramientas utilizables. Ello no implica que la visión positivista sea siempre inadecuada. Sólo es inadecuada para ofrecer respuesta a la pregunta qué debo hacer. Un positivista coherente contestaría que no tiene nada que decirle al participante.

²³ Véase JUAN CARLOS BAYÓN, *La normatividad del Derecho*, *op. cit.*, introducción.

EL PUNTO DE VISTA DEL TEÓRICO POSITIVISTA

Un teórico del Derecho de corte positivista trata de describir el Derecho positivo. Tiene por tanto una actitud cognoscitivo-descriptiva. Sus argumentos deben ser contrastados de una forma u otra con la experiencia de tal forma que sus proposiciones sean susceptibles de verdad o falsedad.

Además, separa el Derecho de la moral y de la política²⁴. Lo único que le interesa es hacer una disección de lo jurídico y presentarlo de una forma ordenada. No ofrece respuesta a los problemas controvertidos ni a los casos difíciles. No le interesa este tema sino describir el Derecho. Necesita por tanto aceptar el presupuesto de neutralidad fielmente y no puede responder a las cuestiones que no sean las suyas. Pero, ¿acaso no es legítimo preguntarse si la razón puede ofrecer algún argumento para resolver los casos difíciles? ¿Cuáles son los argumentos filosóficos que justifican el escepticismo? Si los presupuestos positivistas no permiten enfocar este problema, ¿deberemos renunciar a este análisis o sugerir herramientas adecuadas para su análisis?

La separación entre Derecho y moral le impide encontrar argumentos de justificación de sus decisiones en los casos controvertidos o, si los encuentra, ¿acaso no ha saltado del ser al deber ser?

Por último, el teórico del Derecho —como observador— toma el Derecho como un producto acabado que está listo para aplicarlo y para usarlo. Sin embargo, el Derecho no sólo puede verse desde esta perspectiva, sino que también puede enfocarse desde la perspectiva del participante. Éste no ve el Derecho como algo acabado, sino como algo maleable —hasta cierto punto— y como una práctica colectiva.

Mi sugerencia sería la siguiente: tratemos de construir un punto de vista del Derecho distinto al del observador descriptivista que no trata de describir cuáles son las prácticas sociales, sino que tiene como objetivo último ofrecer orientaciones a la cuestión qué debo hacer. Para construir este punto de vista, debemos abandonar los presupuestos que acepta el observador y aceptar aquellas herramientas al uso adecuadas para resolver el problema que se nos plantea.

²⁴ Este es uno de los puntos fuertes de las doctrinas positivistas, aunque en los últimos diez años se ha originado mucha discusión a raíz de la tesis hartiana, de que es condición necesaria de la existencia de un ordenamiento jurídico la aceptación de los aplicadores de Derecho de las normas del ordenamiento. Véase el *postscriptum* de HERBERT HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, 2 ed., 1994, p. 242. La discusión de lo que significa aceptación y si tiene alguna significación normativa puede verse en el propio HART, DWORKIN, MAC CORMICK, RAZ, POSTEMA, y BAYÓN. Las diversas interpretaciones del significado de aceptación han dado origen a diversos puntos de vista, desde los cuales se focaliza el análisis del Derecho, distinguiéndose en enunciados del observador externo, enunciados no comprometidos y enunciados comprometidos. Véase una defensa vigorosa de la coincidencia del punto de vista externo y el interno en FRANCISCO LAPORTA, «Derecho y Moral: vindicación del observador crítico y aporía iusnaturalista», *Doxa*, 8, 1990. Para una crítica de este punto de vista, véase JUAN CARLOS BAYÓN, Ponencia presentada en Alicante 1995, *op. cit.* y la ponencia citada de ALFONSO RUIZ MIGUEL, Toledo 1997.

Las líneas generales del argumento presuponen por una parte una nueva consideración de las relaciones entre el Derecho y la política. Si queremos ofrecer una visión del Derecho que resuelva la cuestión que se plantea el participante –qué debo hacer jurídicamente–, es necesario renunciar a la teoría general y conectar la cuestión con un Derecho positivo determinado. La primera sugerencia es que la teoría del participante será una teoría *local*, no una teoría general.

Asimismo, la *posición* del participante es distinta a la del observador, porque la distancia entre el sujeto cognoscente y el objeto se difumina, ya que el sujeto puede modificar el objeto y forma parte del objeto. Una concepción interpretativa del Derecho está determinada por la intención del participante. Como consecuencia de ello, la distinción entre el Derecho y la ciencia del Derecho se difumina.

Por último, también debería ponerse de manifiesto la *conexión* entre la moral institucional, moral crítica y el Derecho. Para usar el Derecho los argumentos morales y políticos son importantes. El tema del uso del Derecho no se resuelve con la identificación y uso de las fuentes. Pero veamos cómo se puede enfocar el Derecho desde el punto de vista del participante.

EL CARÁCTER CONTROVERTIDO DEL DERECHO

Si nos acercamos al Derecho tal como lo ve un participante, podríamos decir que el reino de lo jurídico es el de la controversia. Una de las características más fundamentales del Derecho es que diversas personas y diversos especialistas acuden al mismo para justificar posiciones distintas. Parece ser que el Derecho debería ser un instrumento que sirviera para resolver el problema qué debo hacer. Los juristas ven en el Derecho un contexto de justificación de su actividad. La estructura de la jurisdicción presupone la controversia en la cual el fiscal o el defensor tienen objetivos distintos y contradictorios. Es un hecho que la controversia existe en el mundo del Derecho y que se puede elegir como el núcleo del análisis. Y, sin duda, la controversia es generada por los desacuerdos que existen entre los juristas y entre los usuarios del Derecho acerca de cuál es la mejor solución jurídica para resolver un problema que les preocupa. Pero el hecho de que exista controversia no quiere decir que no existan acuerdos sino que los acuerdos pueden ser criticados y controvertidos en el futuro. Creo que es importante distinguir entre varios tipos de conceptos. Podríamos denominar conceptos *físicos* aquellos que tienen una intensión y una extensión bien determinada en líneas generales y que no ofrecen graves dificultades para su aplicación en el mundo. Un buen ejemplo de ello se encuentra en el mineral plata –que tiene una composición química conocida y de aplicación no controvertible en principio, aunque es posible que excepcionalmente se planteen casos difíciles. Otro tipo de conceptos son los *convencionales*, como pueden ser las reglas de los juegos. Para poder jugar al ajedrez se necesita una convención no

controvertible que cumpla la función de permitir el juego. Por último, nos encontramos con los conceptos *controvertidos* que son conceptos abiertos y contestados con fuertes tensiones internas valorativas como son los conceptos de justicia, libertad e igualdad ²⁵.

El análisis de los conceptos jurídicos ha sido realizado como si fueran conceptos físicos o convencionales ²⁶. La teoría de las fuentes no tiene nada más que decir de los conceptos controvertidos que el Derecho es indeterminado. Pero una teoría del participante exige más. Una teoría del participante considera que los conceptos jurídicos son interpretativos y contestados y debe afrontar los desacuerdos valorativos que existen en el seno de los conceptos jurídicos. La tarea de identificación de cuál es el acuerdo no es suficiente para que sea operativo. Los conceptos contestados nos invitan a discutir qué criterios valorativos se van a utilizar para aplicarlos. En una sociedad pluralista es lógico que se multipliquen este tipo de conceptos que exigen una decisión ²⁷.

²⁵ Véase W. B. GALLIE, «Essentially contested Concepts», 56 *Proceedings of the Aristotelian Society*. 167, 1955. Véase también RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard, Belknap, 1986, p. 3.

²⁶ EUGENIO BULYGIN en su ponencia sobre observadores y participantes –Madrid, 1996– defiende la coincidencia entre el punto de vista interno y el punto de vista externo mínimamente informado y sostiene – p. 8– que todo participante es también un observador. BULYGIN arguye que los conceptos jurídicos son como los conceptos físicos y que hay un núcleo mayoritariamente aceptado que constituye el núcleo de significación, y, luego, se dan zonas de penumbra. Sin embargo, en el Derecho no sólo se dan esos conceptos como los de árbol sino también conceptos esencialmente contestados, en los cuales las coincidencias son mínimas y la disidencia es muy relevante. Conceptos como igualdad, libertad, privacidad, son conceptos jurídicos que tienen la peculiaridad de estar en las constituciones de una sociedad que tiene concepciones plurales y en las cuales los ciudadanos luchan por su defensa y saben que los otros ciudadanos tienen unas concepciones distintas y que también luchan por ellas. Creo que estos conceptos no son excepcionales, sino muy importantes en el Derecho. No son inútiles, porque expresan la preocupación por discutir públicamente los valores sobre los que no hay un acuerdo claro. El único acuerdo es que el tema es importante y que debe justificarse continuamente porque la sociedad es pluralista y no se ha puesto de acuerdo.

BULYGIN cree que desde el punto de vista metodológico es conveniente empezar por lo más sencillo y claro –p. 11– pero siempre y cuando no se olvide lo que es oscuro, difícil y, al mismo tiempo, más importante. Si nos olvidamos de ello, se ofrece una visión muy parcial, una visión que por ser tan parcial es poco útil para responder a las preocupaciones del participante.

BULYGIN deja el desacuerdo en una situación de excepcionalidad y lo reduce a la incomunicación o al terreno del subjetivismo extremo o del lenguaje privado. Trata de inclinar la balanza hacia el punto de vista de la convergencia a través de la analogía entre el lenguaje de los objetos físicos y el moral y jurídico. Pero los conceptos como casa, árbol y perro no son esencialmente contestados como lo son los de igualdad o libertad. Algunos conceptos jurídicos no tienen el mismo estatuto que los conceptos físicos. Suponemos que existe un error de percepción cuando alguien dice que esta hoja es amarilla y otra persona dice de esta misma hoja que es verde. Pero cuando alguien defiende un criterio de distribución en función de las necesidades y otro en función de su contribución, no consideramos que el desacuerdo sea del mismo tipo. Al contrario, pensamos que este desacuerdo está fundado en argumentos constitucionales y los utilizamos para justificar nuestro argumento. Parece que en las constituciones contemporáneas existen no sólo términos ambiguos y vagos, sino también contestados y disposiciones y valores que pueden colisionar en casos concretos. Las Constituciones ocupan una jerarquía privilegiada en los sistemas normativos. ¿Deberíamos sostener que todas las disidencias y discusiones jurídicas carecen de sentido porque no se basan en un lenguaje común? ¿Deberíamos continuar creyendo que la disidencia es marginal y excepcional? ¿No son las constituciones las cartas de navegación de los poderes democráticos? ¿O acaso las Constituciones no forman parte del Derecho?

²⁷ El uso de conceptos valorativos en las Constituciones fue criticado por KELSEN en su trabajo «La garantía jurisdiccional de la Constitución», en Hans. KELSEN, *Escritos sobre la Demo-*

El positivismo ha defendido que las normas son identificables como acuerdos compartidos que generan restricciones en la conducta de sus destinatarios. Pero si los conceptos jurídicos importantes –como igualdad, libertad, fuentes del Derecho, técnicas de interpretación, jerarquía, *lex posterior*– son controvertidos, con la mención del acuerdo no se ha logrado desentrañar cuál es el criterio valorativo relevante para la toma de la decisión. El problema no es el de sus posibles significados, sino el del contenido concreto y de decisión entre valores controvertidos. Eso es lo que pide el usuario del Derecho y la teoría del participante sólo le puede ofrecer respuesta si se adentra en las discusiones internas valorativas morales y políticas. En otras palabras, el problema no es identificar si la igualdad es un principio constitucional, sino qué concepción de igualdad es la relevante en el caso y por qué. Y para justificar eso debemos adentrarnos en el campo de la filosofía moral y política, porque los materiales en bruto del Derecho son indeterminados. Si los positivistas aceptan esto, entonces existe una conexión entre la moral y el Derecho en el sentido de que los criterios morales y políticos sirven para construir la norma. Pero en las Constituciones no sólo existen conceptos contestados sino que además existen disposiciones constitucionales que colisionan, porque muchas situaciones reales implican principios que justifican decisiones distintas. Para resolver esta situación también se necesitan argumentos sustantivos²⁸.

Pero quiero dejar las cosas así aquí y pasar a tratar dos cuestiones fundamentales: la primera, en qué consiste el desacuerdo, y la segunda, si existe algún procedimiento que nos permita salir de la tesis de la irracionalidad del Derecho o del carácter indeterminado del Derecho. En otras palabras, si por debajo de los desacuerdos superficiales es posible descubrir algo más que dote de unidad al Derecho y no le convierta en una dependencia disfrazada de la subjetividad extrema.

ANÁLISIS DEL DESACUERDO ENTRE LOS JURISTAS

Una de las características fundamentales de lo jurídico es la controversia. Los juristas discuten y tienen muchos desacuerdos sobre las solu-

cracia y el Socialismo. Madrid, Editorial Debate, 1988, p. 142. Sobre el positivismo inclusivo que trata de integrar esta práctica constitucional, véase W. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford University Press, 1994, especialmente capítulo IV. Jules Coleman en «Negative and Positive Positivism» planteó correctamente el problema en 1982, en *Journal of Legal Studies*.

²⁸ Sobre la indeterminación constitucional, véase el magnífico trabajo de VÍCTOR FERRERES, *Justicia Constitucional y Democracia*, en prensa, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. Cap. I, El tema del pluralismo de los valores y su inconmensurabilidad desde una perspectiva liberal fue reiteradamente planteado por ISAIAH BERLIN en sus trabajos reunidos en el vol. *Concept and Categories*, Londres, Hogarth Press, 1978, y actualmente defendido con agudeza por JOSEPH RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford University Press, 1986, pp. 335 ss., y *Multiculturalism. A liberal Perspective in Joseph Raz, Ethics in the Public Domain*, Oxford University Press, 1992 pp. 155 ss. Véase también BERNARD WILLIAMS, «Conflict of Values» en su *Moral Luck*, Cambridge University Press, 1981.

ciones que ofrece el Derecho positivo. Dworkin sugiere que ciertamente existen muchos desacuerdos que no son misteriosos. Por ejemplo, pueden existir desacuerdos *factuales*, es decir, desacuerdos sobre cómo se han producido los hechos. Este desacuerdo existe y es importante en el Derecho, pero el tipo de pruebas que necesitamos para que un hecho se considere probado es intersubjetivo. Si el presunto delincuente iba vestido de negro o no, es una cuestión que puede ser relevante e incluso decisiva para probar una conducta delictiva. El tipo de evidencia que necesitamos puede ser muy variada pero creo que los desacuerdos entre los juristas no se basan casi nunca en cómo probar los hechos sino en una cuestión de hecho, es decir, si con los datos disponibles esa conducta debe considerarse probada o no. Los juristas con los datos disponibles construyen historias que persuaden al juez de la coherencia de su argumento. Pero los desacuerdos factuales requieren pruebas intersubjetivas y, por tanto, sabemos qué necesitamos para convencer al oponente.

Otro de los desacuerdos hace referencia a las ideas de justicia: son los desacuerdos *valorativos*. Si organizamos un debate sobre la eutanasia, el aborto o la justificación de la guerra seguramente existirán desacuerdos. Pero esos desacuerdos no son los que tienen normalmente los juristas. En realidad nuestra sociedad es una sociedad pluralista y se basa en el supuesto según el cual los individuos tienen unas concepciones diferenciadas de la justicia. No hay forma de probar si una es mejor que la otra. No es ningún misterio que existan desacuerdos sobre lo que es incorrecto moralmente porque en realidad nuestra sociedad presupone la posibilidad del desacuerdo. En una sociedad democrática se presupone la posibilidad de unas reglas de juego que permitan ideologías distintas.

Otro tipo de desacuerdo puede ser el *semántico*: que se fundamenta en la diversidad de significados que puede ofrecer la formulación de la norma. Muchos juristas creen que los desacuerdos provienen de la ambigüedad y vaguedad del lenguaje ordinario. La tarea del jurista es la de un filólogo. Como el lenguaje es ambiguo y vago, se explica que existan controversias porque cada jurista construye su argumento fundamentándolo en una posibilidad interpretativa.

Dworkin sostiene que los principales desacuerdos que existen entre los juristas no son los desacuerdos puramente verbales y semánticos. No los niega sino que señala que estos no son los más relevantes²⁹. El Derecho, entendido como concepto interpretativo, supone que los desacuerdos existentes entre los juristas no son sobre hechos ni sobre ideas de justicia, sino sobre lo que exige el Derecho. Y a esos desacuerdos los denomina *teóricos*.

Pongamos un ejemplo: supongamos que existe una ley que prohíbe circular a más de 120 kilómetros por hora por las autopistas y que el ciudadano A circula a 160 kilómetros por hora. Un policía lo detecta con un radar fiable y le impone la multa. Con independencia de las ideas de jus-

²⁹ Véase RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard, Belknap, 1986. pp. 3 ss.

ticia que tenga cada uno de los que intervienen parece ser que éste es un caso fácil. Los hechos están probados, la norma es vigente y la sanción no admite discusión. No hay desacuerdo crucial. Pero imaginemos el mismo caso, los mismos hechos y las mismas leyes. Supongamos que el ciudadano A va a un hospital y en la entrada se encuentra un médico amigo suyo que debe trasladarse urgentemente a otra ciudad para hacer un trasplante de riñón. Sólo si circula a 160 kilómetros por hora salvará la vida del paciente receptor. En la autopista encontramos el policía que le impone la multa. Si en el primer caso estaba justificada la multa en este segundo caso es más dudoso. Seguramente no encontraríamos la unanimidad del primer caso y no hay que olvidar que los hechos son los mismos y las normas son las mismas. El desacuerdo no es sobre lo que significan las normas ni sobre los hechos sino sobre lo que exige el Derecho, sobre el fundamento que justifica la coacción del Estado. En el primer caso no se discute el fundamento de la norma, en el segundo sí. Ello conduce a discutir el papel que ejerce la justificación basada en razones, principios y directrices que pretenden garantizar el bienestar colectivo.

El modelo positivista no ofrece un criterio completo exento de valoración que permita seleccionar cuál es la norma aplicable y por qué. Y éste es el problema que preocupa al participante que debe justificar su elección. El argumento de defensa del positivismo, según el cual se debe distinguir el derecho de su interpretación, la norma de su formulación, los materiales en bruto del Derecho, no es convincente porque no excluye la valoración en la reconstrucción de los materiales³⁰. Existen desacuerdos sobre lo que el Derecho exige³¹. Este es el desacuerdo básico, el que se debe explicar, el que trata de ofrecer una teoría del participante en el Derecho. Los desacuerdos genuinos entre los juristas son mucho más profundos porque hacen referencia hasta qué punto la coacción del Estado debe utilizarse en este caso y cómo se debe justificar. El problema no es sólo la identificación del texto, sino cómo se debe proceder. Aunque estén de acuerdo sobre cuáles son las leyes vigentes y cuál es el sentido de las palabras de la ley, puede existir y existe el desacuerdo teórico sobre lo que exige el Derecho: existe un desacuerdo valorativo institucional. ¿Cuáles son los criterios institucionales que justifican la coacción del Estado?

La reconstrucción de un caso podría hacerse sugiriendo que el desacuerdo es interpretativo en el sentido de que el participante subsume las conductas en distintas normas. Sea cual fuere la interpretación que se acoja, me interesa resaltar el carácter subjetivo de ese elemento reconstructivo y que eso no viene dado por el Derecho sino por el sujeto que interpreta y aduce valores, normas y principios para justificar su posi-

³⁰ Véase JUAN CARLOS BAYÓN, *Participantes, observadores e identificación del Derecho*. Ponencia presentada en Alicante, 1995.

³¹ Un análisis más detallado mostraría otros desacuerdos posibles, como el desacuerdo que me sugirió RICARDO GUASTINI sobre la validez de la norma. Pero me interesa el desacuerdo específico sobre lo que el Derecho exige que se ha denominado teórico.

ción. Los juristas identifican materiales en bruto que después depurados convenientemente ofrecen respuestas al problema. En el proceso de identificación del Derecho siempre se producen elementos valorativos³².

EL CONCEPTO INTERPRETATIVO DEL DERECHO

Si nos situamos en la perspectiva del participante, veremos que su planteamiento no sólo exige una relación intrínseca entre el Derecho, la moral y la política sino que se conceptualiza el Derecho como interpretativo. Obsérvese que limitamos nuestro discurso al punto de vista del participante.

¿Qué quiere decir que el Derecho es interpretativo? Que la intención del participante es crucial para la comprensión del Derecho. El Derecho no es un objeto que la teoría puede aprehender respetando la neutralidad. El Derecho es un conjunto de materiales en bruto que debe ser construido por la estrategia del teórico y del práctico. Se concibe el Derecho como un enfoque y una estrategia para resolver problemas. Estas teorías insisten en las limitaciones del planteamiento positivista y exigen ser participante de una comunidad jurídica para poder entender y usar el Derecho. Una de sus ideas básicas es que el Derecho no es algo que ya está construido, no es un producto acabado preparado para usar, sino que exige una actividad creativa por parte del usuario o participante. Ello supone que la distinción entre el Derecho y la ciencia del Derecho no es rígida, la ciencia del Derecho —desde el punto de vista del participante forma parte del Derecho porque puede modificar su objeto.

Las teorías del participante contextualizan y señalan que sólo en determinados contextos se puede entender el Derecho. El pospositivista que asume la teoría del punto de vista del participante exige algo más que el análisis de los significados de las normas. Sostiene que sin participar en el contexto de ideales sociales y de tradiciones no se puede ofrecer respuesta a la pregunta qué debo hacer³³.

El carácter interpretativo del Derecho y el papel que ejerce la intención del participante exige responder a la cuestión por qué y desde qué punto de vista es necesario establecer una conexión entre el Derecho y la política y cómo en el terreno de la justificación, o desde el punto de vista del participante carece de sentido ese aislamiento entre el Derecho y la política. Las teorías que adoptan el punto de vista del participante se oponen a las teorías jurídicas puras de raíz kelseniana que pretenden depurar

³² Véanse JUAN CARLOS BAYÓN, Ponencia presentada en Alicante, 1995, y los artículos publicados en Robert George ed., *The Autonomy of Law*, Oxford University Press, 1996, GERALD POSTEMA, *Law's Autonomy and Public Practical Reason*; KENT GREENAWALT, *Too Thin and Too Rich: Distinguishing Features of Legal Positivism*. Una posición que defiende el positivismo puede verse en FRIEDRICH SAUER, *Positivism as Pariah*, en la misma compilación, especialmente, p. 43.

³³ Véase NEIL MACCORMICK, *H. L. A. Hart*, London, Edward Arnold, 1981. Véase JOSEPH RAZ, «On the Autonomy of Legal Reasoning», *Ratio Juris*, 1993.

el concepto de Derecho de las influencias de otras ciencias y de los valores morales y políticos.

CONEXIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL PARTICIPANTE

Nino, por ejemplo, defendió que las normas jurídicas no constituyen de por sí razones para justificar acciones y decisiones a menos que se las conciba como derivadas de los juicios morales, es decir, de proposiciones normativas que muestran como caracteres distintivos la autonomía, el fin justificado, la universalidad, la generalidad y la publicidad³⁴. Desde el punto de vista del positivismo se puede describir el Derecho, pero si se intenta justificar el Derecho o usarlo para resolver controversias, entonces se incurre en la falacia naturalista³⁵.

La cuestión importante es averiguar si existe una conexión conceptual entre el Derecho y la moral³⁶. Los pospositivistas sostienen que no hay ninguna forma aceptable de considerar que el Derecho constituye una razón para la acción, a no ser que se suponga que existe una norma que establezca que se debe obedecer al Derecho y que esta norma no es de naturaleza jurídica sino que es de naturaleza moral³⁷. Desde este punto de vista se podría afirmar que un positivista coherente únicamente debería describir el Derecho, pero en ningún caso puede ofrecer una respuesta a los problemas que se plantean los jueces, porque no puede dar el salto del ser al deber ser. El pospositivismo consiste en que la teoría jurídica no puede aislar el Derecho de las consideraciones valorativas y que los positivistas construyen una teoría insular del Derecho, es decir, los positivistas ven el Derecho como un sistema normativo que provee razones para justificar acciones y decisiones. Los positivistas tratan de describir el sistema y además justifican formalmente las decisiones que concuerdan con el sistema. Si son coherentes no pueden dar un paso más y ofrecer justificaciones últimas al participante. Cuando usan, justifican, exigen que el discurso jurídico sea relativamente insular. Esta posición puede matizarse un poco más, pues algunos positivistas han sostenido que la teoría de las fuentes sociales sólo son aplicables cuando existen esas fuentes, pero en los casos en que se acude a otros criterios se produce invención del Derecho y nunca aplicación³⁸. El problema de esta distinción es, en primer lugar, cómo distinguimos aplicación e invención en conceptos contro-

³⁴ Véase sobre este punto CARLOS NINO, *Derecho, moral y política*. Barcelona, Ariel, 1994.

³⁵ Véase sobre este punto CARLOS NINO, «Breve nota sulla Struttura del Ragionamento Giuridico», *Ragion Pratica*, 1, 1993, p. 32.

³⁶ Véase JULES COLEMAN, *Negative and Positive Positivism*, op. cit., reproducido en JULES COLEMAN, *Markets, Morals and the Law*. Cambridge University Press, 1988.

³⁷ Véase MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho*, op. cit., pp. 159 ss.

³⁸ Véase GERALD POSTEMA, *Law's Autonomy and Public Practical Reason*, op. cit., p. 97.

vertidos como libertad de expresión o igualdad. En segundo lugar, si los criterios materiales de justicia, morales o políticos sirven para determinar el contenido de la decisión no es insensato considerar que estos criterios forman parte del Derecho. Pero en este caso la independencia del Derecho de la moral queda comprometida.

Si la cuestión se deja sin decidir, cabría preguntarse qué utilidad tiene para el participante una teoría que no le ofrece criterios para resolver el uso de principios constitucionales tan importantes como las libertades y la igualdad.

EL PRESUPUESTO DE RACIONALIDAD

Si ponemos en cuestión la identificación objetiva de las normas, parece que dejamos mucho papel a la subjetividad y entonces ¿cómo es posible responder a la crítica del escepticismo? ¿Es el Derecho indeterminado? ¿El Derecho es política? ¿Acaso no podemos encontrar en el Derecho —o mejor— ver el Derecho desde la perspectiva de la incoherencia? Las posiciones realistas y el movimiento *Critical Legal Studies* han insistido en este punto de vista y han afirmado que las leyes y el Derecho no son nada más que juguetes vistosos en manos de jueces y juristas³⁹.

Una respuesta a esta cuestión podría ser la asunción del presupuesto de racionalidad. Es cierto que podemos tener el enfoque del Derecho desde la perspectiva de lo peor, de lo incoherente, de lo irracional, de lo indeterminado a la máxima potencia. Y, ciertamente, si buscamos contradicciones y lagunas encontraremos contradicciones y lagunas. Pero una teoría del participante necesita asumir el compromiso con el presupuesto de la racionalidad según el cual se debe enfocar el Derecho desde la mejor perspectiva posible⁴⁰, desde la perspectiva que ofrezca mayor racionalidad y mejores respuestas a los problemas que se presentan. Este presupuesto juega un papel importante en la argumentación práctica y en la argumentación jurídica. El exigir explicación global y conforme a principios es un requisito para la justificación de la coacción⁴¹. El compromiso con la racionalidad supone la justificación pública del criterio⁴².

³⁹ Una visión benevolente con el movimiento *Critical Legal Studies* puede verse en JUAN A. PEREZ LLEDÓ, *El Movimiento Critical Legal Studies*, Madrid, Tecnos 1996. Para una crítica del movimiento véase mi trabajo «La Retórica de Critical Legal Studies», *Doxa*, 1992.

⁴⁰ Véase RONALD DWORKIN, *Law's Empire*, *op. cit.*, pp. 79, 271 ss.

⁴¹ Esta idea es compartida por muchos positivistas. Por ejemplo, EUGENIO BULYGIN, frente a la tesis del realismo extremo kelseniano sostenida por JUAN RUIZ MANERO, sostiene que se debe reconstruir el pensamiento kelseniano de la forma más coherente y la posición de Ruiz Manero lo ignora.

⁴² Argumentos en contra de esta posición pueden verse en CASS SUSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, 1996.

EL DERECHO DEMOCRÁTICO COMO UNA PRÁCTICA COLECTIVA

Si aceptamos el concepto interpretativo del Derecho deberemos aceptar también que la intención del intérprete ocupa un lugar muy importante. No hay interpretación sin intención. También deberemos aceptar que existe una relación intrínseca entre el Derecho, la moral y la política.

Esa relación exige un compromiso con los valores institucionales incorporados en el Derecho que el participante debe aceptar. Aquí no cabe la neutralidad porque los argumentos son sustantivos y aluden a criterios y valores compartidos en esa sociedad. Una sociedad bien ordenada aspira a tener criterios controlables de resolución de conflictos.

¿Cómo se puede reconstruir esa relación entre el Derecho, la moral y la política? De entre las diversas posibilidades voy a tratar de dos modelos.

El primero supone que existe un ordenamiento moral que rige la conducta y que sirve para juzgar si el Derecho se ajusta o no se ajusta a lo que previamente se ha considerado como bueno. Este modelo es muy común. Bobbio –para poner un ejemplo de autor positivista– sostiene que esta distinción entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser es la que nos permite criticar el Derecho positivo en base a un sistema normativo diferente⁴³.

Este modelo es y puede ser muy útil si estamos en una sociedad en la cual no existe pluralismo ideológico y los ciudadanos están de acuerdo en los criterios sobre qué es lo bueno y qué es lo justo. Sin embargo, nuestra sociedad es pluralista. Las sociedades democráticas se caracterizan porque existen diversas concepciones de la justicia. ¿Cómo se negocia la pluralidad de concepciones de la justicia? Creo que podemos aventurar dos respuestas.

La primera sugeriría que existe una batalla ideológica que trata de imponer una concepción particular de la justicia sobre todas las demás. Se trata de elegir entre una u otra. Sólo se tiene en cuenta la elección del individuo sin que las elecciones de los demás jueguen ningún papel ni interfieran en sus decisiones. Este modelo es eminentemente fundamentalista porque trata de que el Estado implemente una concepción de la justicia determinada y excluye las demás. Existe por tanto una batalla entre las diversas banderas ideológicas para imponerse sobre todas las demás. Es posible que ese modelo reconstruya y describa bien lo que ocurre en las democracias reales. Sin embargo, se puede mantener que existen algunas dudas acerca de que ese modelo se adecue a la democracia porque no se toma en serio la pluralidad ideológica.

La segunda sugiere la necesidad de establecer una diferencia radical entre lo que subjetivamente se considera bueno y aquellos criterios que son aceptados como reglas de convivencia por las diversas ideologías. Este

⁴³ Éste parece ser el modelo subyacente a BAYÓN. Probablemente, si se acepta la hipótesis del Derecho como práctica colectiva y la racionalidad colectiva, se puede explicar la normatividad y la justificación jurídica como distinta de la justificación moral.

modelo supone que la decisión del individuo está determinada por las decisiones de los demás. El individuo tiene una concepción de lo bueno, pero no la puede imponer a los demás tal cual si quiere convivir con ellos bajo el manto del pluralismo ideológico, que es uno de los fundamentos de la democracia. El individuo no es fundamentalista, porque cree que es mejor no imponer su concepción de lo bueno para poder convivir con otros que tienen una noción distinta de lo bueno. Está dispuesto a negociar para tener una regla de convivencia en pluralidad ideológica⁴⁴. El demócrata acepta ese segundo modelo, mientras que el primero es antidemocrático, porque no comparte la posibilidad real de un pluralismo ideológico. La democracia supone la renuncia de cada uno de que su concepción de lo bueno se convierta en institucional para concentrarse en las reglas de juego de segundo orden. El demócrata tiene una concepción de lo bueno, pero no pretende que el Estado garantice con la coacción esa concepción de lo bueno. Únicamente pretende encontrar reglas de juego que permitan convivir a ciudadanos con distintas concepciones del bien y por eso no es fundamentalista.

Que el Derecho sea una práctica colectiva supone un enfoque distinto de los problemas jurídicos y especialmente de los problemas de decisión pública. Ya no se trata de usar los ideales de justicia individuales como criterio de decisión, sino los colectivos.

La razón no sólo puede concebirse de una manera estática, sino también dinámica. La racionalidad dinámica supone que las propias prioridades deben ser repensadas en función de las prioridades de los otros. Si queremos ser racionales, debemos tener en cuenta no sólo nuestros propios valores, sino también los de los demás y debemos estar preparados para cambiar nuestras prioridades a la luz de las prioridades de los otros. Un ejemplo musical rawlsiano puede servir para ilustrar ese carácter de práctica colectiva. Imaginemos que cuatro personas quieren formar un cuarteto. Cada uno de ellos tiene una concepción de la música y una concepción estética determinada. Sólo podrán interpretar conjuntamente si están dispuestos a renunciar a algunas ideas individuales en aras del producto colectivo. Es muy posible que cada uno de ellos individualmente continúe pensando que su concepción musical es mejor, pero la interpretación será una práctica colectiva en la medida en que todos renuncien y busquen el acuerdo que se acerque más a sus concepciones estéticas colectivas y no insulte de una forma exagerada sus concepciones musicales.

El Derecho de un país democrático es una práctica colectiva. Eso quiere decir que la interacción juega un papel muy importante y que el tipo de relaciones que se dan son de racionalidad colectiva amplia, con todas las consecuencias que todo ello supone. Las decisiones de los individuos no sólo dependen de ellos mismos, sino que también de lo que hacen y deciden los demás. La intervención en las decisiones jurídicas supone tener en cuenta que existen unas restricciones colectivas y que el

⁴⁴ Véase JOHN RAWLS, *Political Liberalism*, cap. IV. Columbia University Press, 1993, y su idea de *overlapping consensus*.

problema de la decisión jurídica y de su justificación no se reduce a comparar el modelo ideal moral con la decisión a tomar. Las relaciones son mucho más complejas. Para acabar, quisiera esbozar tres tesis que me parecen de especial relevancia para el tema que nos ocupa:

La primera, si suponemos que el Derecho es una práctica colectiva y que responde a criterios de racionalidad colectiva, debemos suavizar el papel de la intencionalidad en el campo del Derecho porque, por definición, la tarea de dirigir el comportamiento de la gente no es meramente una cuestión de voluntad y de objetivos éticos. *El mundo no se cambia a golpe de decreto*. Uno de los grandes descubrimientos de las ciencias sociales ha sido el estudio de las consecuencias no intencionadas de las acciones individuales. Este punto de vista entusiasmó a los economistas clásicos y se ha apoderado de las ciencias sociales. Las decisiones públicas ya no se ven como producto de la voluntad de un legislador racional que produce unos resultados previsibles sino como una decisión que se enmarca en un conjunto de decisiones que otros producen y arrojan resultados y consecuencias ni previstas ni queridas. Una de las grandes enseñanzas de las teorías de la elección racional ha sido introducir una cierta dosis de escepticismo en relación al voluntarismo. La idea de un aprendiz de brujo —que desencadena un conjunto de consecuencias que no puede controlar— se acerca más a la realidad que la del semidiós que, mediante su voluntad, produce los resultados deseados.

La segunda, el criterio de juicio de la práctica colectiva no puede ser el de la moral individual en el sentido en que la moral individual se propone la búsqueda de lo mejor sin tener en cuenta que debemos vivir en una sociedad democrática y pluralista y además nos encontramos en una situación de interacción. Un demócrata asume el pluralismo ideológico y está dispuesto a mantener sus principios en el terreno de lo individual pero sabe que si quiere vivir con gentes que piensan de manera distinta tiene que aceptar unas reglas de juego que no concuerdan con su idea de lo bueno. Si no lo acepta, entonces es un fundamentalista que quiere convertir el Estado en la correa de transmisión de «su» concepción de lo bueno, ya sea individual, ya sea lo bueno desde su punto de vista para la colectividad.

El comunitarismo ha criticado al liberalismo la prioridad de lo correcto sobre lo bueno. La respuesta es clara. Es cierto que el liberal renuncia a que lo bueno sea garantizado por la coacción del Estado. Simplemente no es fundamentalista y está dispuesto a negociar con otras ideologías cuáles son las reglas de convivencia, aunque sabe dos cosas: primero, que el valor pluralismo ideológico es importante y debe preservarse. Segundo, que debe renunciar a que la coacción del Estado garantice su concepción de lo bueno, pero eso no significa que los liberales carezcan de una noción de lo bueno⁴⁵. El liberalismo democrático no sólo puede

⁴⁵ Véase el trabajo de MICHAEL SANDEL, *Liberalism and the Limits of Justice*, New York, Cambridge University Press, 1982, *Introduction*.

entenderse como un conjunto de principios sino también como un método de conseguir acuerdos.

Tercera, el liberal demócrata se compromete a utilizar como criterio de resolución de los conflictos sociales que origina esta práctica colectiva no lo que es bueno –que no es patrimonio colectivo por definición de sociedad pluralista– sino los criterios negociados y consensuados colectivamente. La coacción del Estado está justificada, no porque los criterios sean buenos –o lo primero mejor–, sino porque los participantes han acordado utilizar esos criterios colectivos que por definición no son los mejores para cada uno de ellos pero son los mejores posibles desde el punto de vista colectivo y permiten la convivencia en pluralismo ideológico. Pero esos acuerdos no son estáticos sino dinámicos, están sometidos a la crítica permanente de las ideologías de los participantes del Derecho y las seguridades que ofrecen nunca son absolutas, sino que son frágiles y susceptibles de cambio en el futuro. Son seguridades controvertibles y tienen la pretensión de legitimidad.

Creo que si entendemos el Derecho como una práctica colectiva podemos apreciar mejor cuáles son las relaciones entre el Derecho y la política y por qué los juristas deben abdicar de sus valores individuales y mostrar cómo sus estrategias y su uso del Derecho deben estar relacionados con los criterios de justicia institucionales colectivos. Los teóricos y los prácticos del Derecho son artífices de esta empresa colectiva. El Derecho no es «simplemente una pantalla en la que los jueces y juristas proyectarían sus opiniones morales haciéndolas aparecer como prescritas por una autoridad legítima»⁴⁶.

Nos preguntábamos al principio sobre la posibilidad de la teoría del participante y sus presupuestos. Nuestro itinerario nos ha conducido a las siguientes tesis:

Primera, la teoría del participante es distinta a la teoría general del Derecho. No la excluye, pero la teoría general del Derecho no ofrece las herramientas adecuadas para resolver el problema, qué debe hacer el participante. Los materiales que identifica son incompletos y la teoría general del Derecho se queda sin argumentos cuando el participante más los necesita, en los casos difíciles. Si la teoría general del Derecho ofrece soluciones prácticas, entonces se enfrenta al problema que Nino calificó de teorema fundamental de la teoría del derecho.

Segunda, la teoría del participante es local, relaciona el Derecho con la moral y la política y, además, difumina la distinción entre el Derecho y la ciencia del Derecho.

Tercera, nos preguntábamos ¿con qué moral se relaciona? La respuesta sugerida es: la mínima. El Derecho en una democracia es un acuerdo colectivo de segundo orden que permite la convivencia y la realización de una pluralidad de planes de vida. El Derecho democrático tiene

⁴⁶ Véase CARLOS NINO, *Derecho, moral y política*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 134.

una pretensión de legitimidad porque permite que gentes de diversas ideologías y concepciones del bien puedan convivir y desarrollar sus planes de vida. Pero no es función del Derecho conducir a una vida excelsa sino dejar en manos de los individuos las decisiones sobre sus concepciones del bien, y dejar en manos de la colectividad la discusión de los valores colectivos que deben regir la sociedad, aunque a veces los acuerdos son frágiles, o, a veces, se deja para el futuro la conformación del acuerdo cuando éste no es posible⁴⁷. Pero en este caso existe el compromiso de la discusión pública del criterio.

Cuarta, una cierta homogeneidad social, económica y valorativa es necesaria para que pueda existir una organización social legítima. Los acuerdos entre liberales y fundamentalistas no siempre son posibles. El método democrático no garantiza el éxito de la empresa porque, para que funcione, se necesita una buena disposición por parte de los actores sociales.

⁴⁷ Sobre los conflictos de valores, véase BERNARD WILLIAMS, *Moral Luck*, Cambridge University Press, 1981.