

Ariel Derecho

Manuel Atienza

EL SENTIDO DEL DERECHO

Ariel

CAPÍTULO 10

CONCEPCIONES DEL DERECHO

Introducción

Concepciones y sentido del Derecho

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

Una concepción del Derecho viene a ser una respuesta articulada a todas —o, al menos, a la mayor parte— de las anteriores cuestiones y atribuye, en consecuencia, un *sentido* al Derecho. Pero la expresión “sentido” puede entenderse aquí en dos formas distintas: pues una cosa es que el Derecho sea un fenómeno que se pueda explicar y, por tanto, entender, como cualquier otra realidad natural o social; y otra que se trate de una realidad valiosa, que la existencia del Derecho —o de cierto tipo de Derecho— esté justificada. Cuál es el sentido del Derecho, en la primera de las acepciones, es una cuestión controvertida: de ahí que pueda hablarse de diversas concepciones del Derecho. Pero en el caso de la segunda acepción, lo que resulta controvertido es también que el Derecho tenga sentido, que se le pue-

da atribuir un valor positivo; algunas de las concepciones que vamos a ver son más bien escépticas a este respecto: bien por entender que una sociedad verdaderamente justa es una sociedad sin Derecho, o bien por considerar que el Derecho tiene únicamente un valor instrumental, que es un medio para obtener bienes cuya naturaleza no es ya jurídica.

Las concepciones del Derecho del siglo xx que ahora vamos a examinar en forma necesariamente sintética se refieren únicamente a los Derechos de tipo occidental. Sin embargo, como anteriormente se ha visto, en estos países están en vigor ordenamientos jurídicos pertenecientes a dos sistemas o familias de Derechos (el *civil law* —el Derecho continental europeo que informa también los ordenamientos latinoamericanos— y el *common law*, el de los países anglosajones) con instituciones, modelos de enseñanza, estilos argumentativos, etc., diferentes que, obviamente, condicionan la forma de entender el Derecho. Por ejemplo, los juristas del *common law* propenden a una visión más empírica y casuística, frente a las visiones de porte más sistemático de los juristas del Derecho continental. El *common law* tiende a realzar la figura del juez y el carácter comunitario —el elemento de la tradición— en el Derecho, mientras que en el *civil law* el Derecho suele verse más bien desde la perspectiva del legislador: el Derecho es, sobre todo, Derecho legislado, creado por la autoridad política. Frente a la contraposición iusnaturalismo-iuspositivismo que ha dominado en las concepciones del Derecho continental europeo, en el *common law* la oposición es más bien entre concepciones formalistas y realistas (o sustancialistas); por algo, como luego veremos, el realismo jurídico surge básicamente en los Estados Unidos (un país de *common law*) y en Escandinavia (donde el Derecho romano tuvo una escasa influencia). Por otro lado, dentro incluso de los países del *common law*, la cultura jurídica norteamericana se considera que es mucho menos formalista (o más sustancialista) que la inglesa (de hecho, el realismo jurídico norteamericano no parece haber influido gran cosa en los juristas ingleses).

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

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

más bien de una continuidad, con respecto a las anteriores concepciones, que de una ruptura.

El formalismo jurídico

Dos nociones de formalismo

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

Asumir una concepción formalista del Derecho ha de implicar, pues, algo más que lo anterior, aunque no sea fácil decir qué. A veces se identifica —o, por lo menos, se vincula en forma necesaria— positivismo y formalismo, pero esto no parece

aceptable: se puede ser positivista sin ser formalista (es el caso del positivismo analítico o del positivismo de los realistas) y se puede también ser formalista sin ser positivista (como ocurre con no pocos juristas dogmáticos que practican un formalismo a veces extremo —según la caracterización que en seguida veremos— pero no tienen empacho en declararse iusnaturalistas). En realidad, si se entiende el positivismo jurídico no propiamente como una teoría, sino como un “hecho histórico” (la consideración del Derecho como el orden real e individualizado que conforma efectivamente las relaciones humanas en una comunidad y en un momento determinado [v. González Vicén, 1979]), como un concepto en lugar de como una concepción, el formalismo jurídico vendría a ser, simplemente, una de las direcciones positivistas; si se quiere, una “desviación” del positivismo o, quizás más exactamente, la acentuación de uno de sus componentes básicos. En efecto, las tres grandes corrientes con que se inicia la ciencia jurídica moderna a comienzos del XIX (la escuela histórica alemana, la escuela francesa de la exégesis y la jurisprudencia analítica inglesa) parten —como vimos en un capítulo anterior— del concepto de Derecho positivista y dan lugar a tres concepciones formalistas del Derecho: el formalismo conceptual, que reduce el Derecho a un sistema de conceptos, a “formas” que no darían cuenta de la singularidad histórica, de los contenidos, de cada Derecho; el formalismo legal, que identifica el Derecho con la ley general y abstracta de origen estatal; y el formalismo jurisprudencial, que limitó el estudio del Derecho, del *common law*, a unos pocos casos judiciales de los que podrían desprenderse los principios y doctrinas generales en que consiste verdaderamente el Derecho.

Dado que este último —el formalismo jurisprudencial— parece ser el menos formalista de los formalismos, los rasgos que lo caracterizan [v. Summers, 1982,

Características del formalismo

cap. 6; Pérez Lledó, 2000] (interpretados con cierta libertad) pueden servirnos para dar cuenta del fenómeno en general. Las tesis (o los “defectos”) del formalismo serían éstas: 1) El Derecho es un sistema completo y coherente, capaz de dar una respuesta correcta a toda cuestión jurídica; de ahí se deriva, entre

otras cosas, una tendencia a privilegiar la analogía como procedimiento para resolver los nuevos casos a partir del Derecho —jurisprudencial o legal— ya existente, en lugar de considerar las razones sustantivas de tales casos. 2) Sólo los legisladores, y no los tribunales, pueden crear Derecho, como consecuencia de la doctrina de la división de poderes, que sería un atributo inherente y necesario de cualquier sistema jurídico (incluido el *common law*). 3) El Derecho tiene —o debería tener— un carácter esencialmente estático; los cambios legislativos deben reducirse al mínimo y no implicar, en la medida de lo posible, una ruptura con respecto al Derecho ya existente (en otro caso, difícilmente podría hablarse de “seguridad jurídica” que, para el formalismo, constituye el valor supremo). 4) El Derecho válido, el “verdadero Derecho”, consiste en reglas generales, tal y como aparecen formuladas en los “libros jurídicos”, bien se trate de códigos, obras doctrinales o recopilaciones jurisprudenciales (“case-books”). 5) El Derecho es tanto más perfecto cuanto mayor es su grado de generalidad y abstracción; en consecuencia, una tarea esencial de la ciencia jurídica es la de reducir, u ordenar, la materia jurídica a partir de unos pocos conceptos de elevado grado de abstracción. 6) Los conceptos jurídicos poseen una “lógica interna” que permite deducir de ellos soluciones sin necesidad de recurrir para ello a elementos extrajurídicos, esto es, a argumentos que tengan en cuenta las consecuencias sociales de una determinada decisión, o bien cómo la misma afecta a valores de tipo moral. 7) Las decisiones judiciales sólo pueden justificarse deductivamente, esto es, según el esquema del silogismo subsuntivo que requiere, como premisa mayor, una norma de tipo general y abstracto, y, como premisa menor, los datos fácticos del caso que se “subsumen” en el supuesto de hecho de la norma, para inferir de ahí, como conclusión, la consecuencia jurídica prevista en la norma. 8) La certeza y la predecibilidad (la seguridad jurídica) son los máximos ideales jurídicos.

Al anterior esquema podría añadirse todavía estas tres notas: 9) El formalismo entiende la interpretación como una operación cognoscitiva, consistente en describir el significado objetivo de un texto o la voluntad subjetiva de su autor, de manera

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

El realismo jurídico

Realismo jurídico en sentido amplio

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

En Europa, esa revuelta (iniciada en el xix por Rudolf von Ihering) la llevan a cabo (ya en el xx) una serie de juristas que, de una u otra forma, trataron de conectar el Derecho con la realidad social: para propugnar que las normas se interpretarían

teniendo en cuenta los intereses y necesidades sociales (Philip Heck y la "Jurisprudencia de intereses"); para introducir la idea de que existe un "Derecho vivo", espontáneo, al lado del Derecho estatal (el sociologismo jurídico de Eugen Ehrlich); para destacar el carácter subjetivo y libre de las decisiones judiciales (Hermann Kantorowicz y la "Escuela del Derecho libre"); para criticar el "fetichismo de la ley" (François Geny); para identificar el Derecho como una regla de la vida social (Leon Duguit); o para defender la idea del pluralismo jurídico y de que el Derecho no puede verse exclusivamente como norma, sino como institución o como ordenamiento (Maurice Hauriou; Santi Romano).

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

derados como los precursores del "realismo jurídico nortamericano" (por oposición al escandinavo, del que luego se hablará) que se desarrolla sobre todo en los años veinte y treinta y que integra un movimiento del que forman parte, entre otros, Karl Llewellyn, Jerome Frank o Felix Cohen.

El realismo jurídico americano

El realismo americano nunca constituyó propiamente una escuela, tanto por la heterogeneidad de los intereses y tendencias de sus integrantes (usualmente

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

La definición del Derecho en términos de comportamiento (a la antes recordada de Holmes cabe añadir la del "primer Llewellyn": Derecho es "lo que hacen los funcionarios en relación con las disputas") y el carácter instrumentalista de su enfoque del Derecho supone que, para los realistas, los componentes básicos del Derecho no son exclusivamente —ni fundamentalmente— las normas. Algunos de ellos —los más radicales— llegaron a sostener que las reglas no existen en absoluto y que el Dere-

cho sólo consiste en decisiones particulares, pero, en términos generales, lo que caracterizaría al realismo es la idea de que para entender (y utilizar) adecuadamente el Derecho hay que tomar en consideración no sólo las normas —y normas de diversos tipos: formales e informales—, sino también los intereses, los fines y los valores sociales, y muchos otros elementos que componen la “maquinaria del Derecho”: instituciones, procedimientos, tecnología científica, lenguaje, organización y, por supuesto, los operadores jurídicos (sobre todo, aunque no sólo, los jueces). Pero el realismo no es sólo una concepción del Derecho más “rica”, por así decirlo, que la formalista (o la normativista), dado que tiende a aumentar lo que serían ingredientes esenciales de un sistema jurídico, sino que supone también una tendencia a entender las nociones “tradicionales” del Derecho en forma distinta. De la definición de Holmes, por ejemplo, se desprende que tener un derecho o un deber no implicaría más que la predicción de que, bajo ciertas circunstancias, los jueces probablemente se comportarán en cierta forma.

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

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

Al instrumentalismo de los realistas subyace la tesis del antiderminismo social, esto es, la concepción de que la realidad social es cambiante y puede (y debe) ser modificada mediante la acción racional y deliberada del hombre. El Derecho es un medio especialmente idóneo para la transformación social, pero lo que debe guiar la reforma social es la satisfacción de las demandas sociales, esto es, de los deseos e intereses que la gente realmente tiene.

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

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

no podría adscribirse a todo el movimiento realista— sólo cabría hablar de “racionalización” de las decisiones).

La tendencia a identificar el Derecho con el comportamiento de los jueces y de otros funcionarios supone que el criterio de demarcación de lo que es y de lo que no es Derecho no depende de la validez formal de las normas, sino de su eficacia. Ello supone, por un lado, una ampliación del catálogo de las “fuentes” del Derecho y, por otro lado, la tesis de la indeterminación del Derecho, esto es, de la dificultad de poder conocer (prever) qué es lo que, en el futuro, harán los jueces y otros funcionarios. Esa indeterminación, que puede sostenerse con un énfasis mayor o menor, ha sido utilizada muchas veces (empeñando por Frank) como el criterio para dividir a los realistas: Unos (como Llewellyn) serían “escépticos frente a las reglas”, pero no renuncian a la certeza jurídica que tratan de buscar, no en las “reglas sobre el papel”, sino en las “reglas reales”: generalizaciones de la conducta judicial a partir de un análisis empírico de los factores *objetivos* de tipo económico, sociológico, cultural, profesional, institucional, etc. que, junto con las normas, determinan las decisiones judiciales. Otros (como el propio Frank), serían además “escépticos frente a los hechos”; entienden que, en la mayoría de las ocasiones, es imposible predecir cómo será decidido un pleito, pues ello no depende tanto de las normas, cuanto de los hechos—de la apreciación judicial de los hechos—, lo cual obedece, sobre todo, a elementos de carácter puramente subjetivo o idiosincrásico; la consecuencia es que se renuncia a la certeza jurídica por considerarlo un ideal inalcanzable o, mejor dicho, un mito.

La desmitificación del Derecho y de las categorías con que el mismo ha sido pensado tradicionalmente es uno de los *leit-motiv* del otro gran movimiento realista del siglo xx: el escandinavo. A. Hägerström, el padre espiritual del movimiento (del que formaron parte autores como K. Olivecrona, A. V. Lundstedt y A. Ross), parte de una concepción empirista y antimetafísica del conocimiento que le llevó a desentramar el uso que los juristas han hecho tradicionalmente de nociones como las de “derecho”, “deber”, “propie-

dad”, “voluntad del Estado”, etc. Se trata de “ideas” que no tienen como base una realidad de tipo empírico, sino la creencia en poderes sobrenaturales. Pero pueden ser explicadas en términos psicológicos, esto es, a partir de las emociones psicológicas que tales expresiones suscitan en la gente y que determinan su comportamiento. Y pueden ser también utilizadas como instrumentos útiles; Ross, por ejemplo, mostró cómo el término “propiedad”, aun careciendo de referencia semántica (las normas jurídicas en que aparece podrían ser expresadas sin hacer uso de ese término), juega sin embargo un papel útil como instrumento de presentación.

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

La diferencia principal entre ambos movimientos se encuentra seguramente en las mayores preocupaciones teóricas de los escandinavos, que los aproxima también más a la con-

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

El normativismo

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

Las concepciones del Derecho de Kelsen y de Hart difieren en muchos aspectos de importancia no secundaria, pero hay también coincidencias esenciales que les separan tanto de los iusnaturalistas como de los realistas. Kelsen y Hart son autores positivistas que parten de la idea de que una cosa es describir o explicar lo que es el Derecho y otra valorarlo moralmente; igualmente, les separa del iusnaturalismo —o de la mayor parte de los iusnaturalistas— la idea de que el Derecho es creado y modificado exclusivamente por actos humanos. Con el realismo (especialmente con el americano), aparte de que Kelsen y Hart pongan el acento en las normas, en lugar de en la conducta de los jueces, les diferencia la forma de aproximarse al Derecho: aunque también ellos entiendan que el Derecho tiene un carácter exclusivamente instrumental o, como dice Kelsen, que es una "técnica de organización social", no es esto, es decir, no son los aspectos prácticos lo que les interesa de manera fundamental, sino más bien avanzar en el conocimiento del Derecho; cabría decir que su enfoque del Derecho no es técnico o tecnológico, sino científico; en el caso de Kelsen, podría decirse incluso que, para él, el Derecho es una realidad que existe para ser conocida plenamente (en sus aspectos formales) por la ciencia o la teoría del Derecho.

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

Para Kelsen, el componente fundamental —y, en cierto modo, único— del Derecho son las normas; exactamente, las normas coactivas. Las normas no pertenecen al mundo del

"ser", sino al del "deber ser"; no establecen cómo alguien se comporta, sino cómo debe comportarse. La estructura de una norma jurídica es de tipo condicional o hipotético: "si es A, entonces debe ser B", donde B significa la sanción y A el acto ilícito. A partir de aquí, pueden definirse otros conceptos básicos del Derecho como los de responsabilidad, deber jurídico, derecho subjetivo, etc.

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

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

cuanto conjunto de normas— y el derecho subjetivo, o entre el Derecho positivo y el Derecho natural) cumple para Kelsen tan sólo una función de tipo ideológico: contribuir a legitimar el Estado por medio del Derecho.

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

Un aspecto fundamental de la concepción kelseniana del Derecho es su pretensión de construir una teoría *pura* del Derecho, de elevar la Jurisprudencia al estadio de ciencia rigurosa. Para ello parte de la idea neokantiana de que la ciencia "constituye" (desde el punto de vista epistemológico) su objeto, lo cual supone someter al Derecho a un doble proceso de depuración. En primer lugar, hay que separar las normas de los hechos y, por tanto, la ciencia jurídica —como ciencia normativa—, de las ciencias factuales; estas últimas establecen relaciones de causalidad entre hechos (naturales o sociales) que se traducen en enunciados de ser ("si es A, entonces es B"), mientras que las ciencias normativas enlazan una conducta con su consecuencia mediante un tipo de conexión al que llama *imputación* ("si es A, entonces debe ser B"). El segundo paso consiste en separar el Derecho, como fenómeno normativo, de la moral o de la política, y la ciencia del Derecho, de la política jurídica. Hemos visto que el Derecho también es un deber ser, consiste en normas, pero las normas jurídicas son, para Kelsen, el significado *objetivo* de ciertos actos, mientras que los juicios morales, los juicios

cios sobre lo que debería ser el Derecho —sobre el Derecho justo—, tienen sólo un significado *subjetivo*, son ideológicos. Bien entendido, Kelsen no pretende que el Derecho sea puro, ajeno a la sociedad y al poder político; lo que ha de ser puro es su conocimiento, la ciencia del Derecho.

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

Kelsen construye una teoría general del Derecho (la teoría *pura*) que debe dar cuenta de los conceptos básicos de todo Derecho. Además, propone un modelo de dogmática jurídica (la ciencia que se ocupa de un Derecho particular —o de un fragmento del mismo), en cuanto disciplina: 1) normativa, en el

sentido de que describe normas y lo hace normativamente (distingue, pues, entre las normas —*Soll-Normen*— en que consiste el Derecho positivo, y los enunciados normativos —*Soll-Sätze*— que configuran la ciencia jurídica; 2) axiológicamente neutral, objetiva, puesto que se limita a explicar el Derecho positivo, el Derecho válido, sin valorarlo; 3) autónoma con respecto a las ciencias sociales, a la ciencia política o a la ética.

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

La concepción del Derecho de Kelsen está ligada, sin duda, a la defensa del *El positivismo* (positivismo) tado democrático y de los valores de tolerancia y libertad que, a su vez, se apoyan en el relativismo ético. La teoría

pura del Derecho viene a ser una forma de oponerse —en el plano teórico— a los diversos totalitarismos del siglo xx, desde los fascismos al estalinismo. La defensa del Estado de Derecho resalta también clara en la concepción de Hart que, en muchos aspectos, puede considerarse como una superación del normativismo formalista de Kelsen y el empirismo de los autores realistas; la importancia que Hart atribuye a lo que llama “normas secundarias” está conectada con la defensa del valor de autonomía (las que confieren poderes privados) y con el principio de legalidad (las que confieren poderes públicos).

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

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

Los sistemas jurídicos evolucionados se caracterizan por que en ellos hay dos tipos fundamentales de normas, las primarias y las secundarias, de las que ya tratamos en un capítulo anterior. Este tipo de normativismo le permite a Hart mantener una concepción flexible respecto a la relación entre el Derecho y la fuerza física, pues existen tipos de normas —las secundarias— que no llevan aparejada una sanción; la única consecuencia de no cumplir con los requisitos ahí establecidos sería la nulidad, esto es, el que no se consigan ciertos resultados. E, igualmente, le permite mostrar que las normas cumplen una variedad de funciones: guiar la conducta, introducir cambios sociales, resolver conflictos, etc.

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

Hart no se preocupó mucho por construir un modelo de ciencia jurídica (la "dogmática jurídica" es fundamentalmente un producto de la Europa continental), pero elaboró una importante distinción entre dos tipos de discursos sobre el Derecho, sobre las normas, la cual se ha usado luego para aclarar en qué consiste la dogmática jurídica. Se trata de la distinción entre los enunciados emitidos desde un punto de vista interno, es decir, formulados por alguien que forma parte del grupo y acepta las normas; y enunciados emitidos desde un punto de vista externo, esto es, los que formula un observador desde fuera del propio ordenamiento. Los enunciados de la dogmática pertenecen al primer tipo (aunque no sean los únicos) y presupon, por tanto, la noción de aceptación que, como ya hemos visto, constituye un ingrediente necesario del concepto de nor-

ma. Para que exista un ordenamiento jurídico es necesario que sea aceptado, que sea eficaz; sin embargo, es suficiente con que sea aceptado por los funcionarios y obedecido por el resto de la población en general, e incluso bastaría con que fuese aceptada su regla de reconocimiento. Este concepto hartiano es el equivalente a la *Grundnorm* de Kelsen, pero Hart entiende que la regla de reconocimiento constituye una especie de práctica social; de ella no puede decirse ya que sea válida ni inválida, sino que, simplemente, existe o no. Normas válidas, para Hart, son las que satisfacen los criterios de la regla de reconocimiento del sistema (por ejemplo, una que dijera que "son normas válidas del sistema X las normas constitucionales y las creadas o recibidas de acuerdo con esa constitución"), de manera que es posible que algunas de esas normas resulten inaplicadas, pues la eficacia se predica del ordenamiento jurídico en su conjunto.

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

El iusnaturalismo

El iusnaturalismo en el siglo XX

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

A pesar de su implantación en la cultura jurídica de los países de tradición católica (aunque quizás más como ideología que otra cosa), esa concepción no encaja bien con la realidad de las sociedades del mundo occidental, cada vez más secularizadas y menos dispuestas a creer en la existencia de valores absolutos. Sin embargo, de ahí no parece seguirse que en nuestras sociedades no haya ya (no haya habido en el siglo XX) espacio para las concepciones iusnaturalistas. Bien al contrario, después de la segunda guerra mundial (sobre todo, como consecuencia de la experiencia del nazismo) se habló incluso de un "renacimiento del Derecho natural", representado por una serie de autores que subrayaron la necesidad de entender el Derecho como algo más que la simple manifestación de la voluntad política (al positivismo jurídico se le acusó de servir de vehículo del totalitarismo político) y postularon la existencia de un Derecho "supralegal" que fijara límites a la acción del legislador y de los gobernantes. Ahora bien, esos límites no se trataron de extraer, en general, de un Derecho natural trascendente y absoluto, sino de la "naturaleza de la cosa", esto es, a partir de una noción no fácil de precisar, pero que no supone —o no supone necesariamente— una realidad trascendente, sino que, más

bien, lleva a hablar de un Derecho natural "histórico", "de contenido variable", etc.

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

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

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

Una consecuencia importante de esa aproximación *fisiológica* al Derecho es que la coerción, la fuerza, no es ya la característica distintiva de lo jurídico (como ocurría con las concepciones *anatómicas* del Derecho —las de los positivistas— que se

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

Hay además otra importante distinción que Fuller establece a propósito de la moral: por un lado estaría la moral del deber, la que prescribe las normas básicas sin las cuales es imposible lograr una sociedad ordenada; y por otro la moral de aspiración, de la vida ejemplar, de la excelencia. La moral interna del Dere-

cho constituye para él, esencialmente, una moral de aspiración. Pero eso no quiere decir que el Derecho natural tenga exclusivamente un carácter procedimental. Habría también un contenido mínimo de Derecho natural substantivo (moral del deber) que se contendría en este mandato: "descubre, mantén y preserva la integridad de los conductos mediante los cuales los hombres se comunican entre sí lo que piensan, sienten y desean".

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

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

En definitiva, el Derecho para Fuller es un instrumento, una técnica para conseguir objetivos muy variados, pero no

cualquier objetivo puede conseguirse a través del Derecho. La moral interna del Derecho no es neutral en cuanto al concepto de hombre que implica: embarcarse en la empresa de sujetar la conducta humana al gobierno de reglas implica necesariamente la visión del hombre como un ser responsable y dotado de dignidad, capaz de comprender y obedecer las reglas y responsable por sus faltas.

El marxismo jurídico

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

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

idea de un Derecho natural parece verdaderamente antitética con una concepción no sólo inmanentista, sino profundamente historicista de los fenómenos sociales.

Marxismo fuerte y débil

Las tesis en que están de acuerdo todos los autores marxistas parecen ser éstas [v. Atienza y Ruiz Manero, 1993, cap. 1]:

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

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

La tesis de que el Derecho es una forma de organización social vinculada a un determinado tipo de sociedad fue sostenida con especial fuerza por Eugeni Pashukanis, seguramente el jurista marxista de mayor relieve teórico, y desaparecido en uno

de los procesos de Moscú desencadenados por Stalin. Según Pashukanis, el Derecho es "la forma mistificada de una relación social específica: la relación entre poseedores de mercancías que intercambian equivalentes". En esta tesis se contienen también, como corolarios suyos, las siguientes afirmaciones: 1) el Derecho se identifica con el Derecho burgués-capitalista (los Derechos de los tipos de sociedad anteriores al capitalismo serían, cabría decir, formas aún no plenamente desarrolladas de lo jurídico); 2) el núcleo de ese Derecho es el Derecho privado; 3) el Derecho es incompatible con una sociedad de individuos emancipados: la sociedad comunista lleva consigo la extinción del Derecho y del Estado; 4) en la fase de transición a esta sociedad, el papel fundamental no ha de jugarlo el Derecho, sino la política. Ahora bien, una lectura débil de la tesis del carácter histórico del Derecho consiste en afirmar estas dos cosas. La primera es que el Derecho es no sólo un fenómeno social, sino también histórico, en el sentido de que surge en un determinado momento del desarrollo social y de que cada tipo de sociedad genera también un tipo distinto de Derecho, de manera que, con independencia de la subsistencia o no de alguna forma de regulación jurídica, el horizonte del Derecho burgués bien podría ser rebasado en el curso de la evolución social. Y la segunda afirmación —quizás uno de los mayores méritos de la obra de Pashukanis— es que no sólo el Derecho, sino también las categorías jurídicas (las de "derecho subjetivo", "sujeto de Derecho", "ley", "responsabilidad", etc.), sólo pueden ser plenamente comprendidas si se las piensa históricamente.

La tesis fuerte del carácter subordinado del Derecho en el conjunto social no es otra cosa que el economicismo común a muchas concepciones marxistas del Derecho. Sin embargo, postular la determinación del Derecho por la economía (o incluso la reducción del Derecho a términos económicos) se complace mal con hechos tales como la creciente intervención del Estado —a través de instrumentos jurídicos— en la regulación de los procesos productivos o con la utilización del Derecho como instrumento de transformación social. Por eso, el marxismo "occidental" de los años sesenta y setenta sostuvo, en general, la tesis de la "determinación en última instancia" del Dere-

cho por la economía, lo que no excluía que el Derecho —los elementos superestructurales— pudiese incidir hasta cierto punto en la base social. En definitiva, no habría tanto una *determinación* de unos elementos de la sociedad por otros, sino más bien una *interacción* entre todos ellos.

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

Sostener las anteriores tesis en la versión fuerte implica también, lógicamente, negar que sea posible una ciencia del Derecho. Si el Derecho es un fenómeno que carece de autonomía, que deforma la realidad, destinado a extinguirse, etc., entonces no parece que tenga mucho sentido construir, sobre esa base, lo que tradicionalmente se denomina "dogmática jurídica" y que exige asumir un punto de vista interno (o, en todo caso, sólo muy moderadamente externo); lo único que quedaría abierto sería un análisis externo del Derecho como el que supone la historia, la sociología o la crítica ideológica del Derecho. Sin embargo, si se asumen las anteriores tesis en su versión débil, cabe todavía pensar en la construcción de una ciencia o dogmática jurídica que, eso sí, tendría que responder a un modelo alternativo al de la ciencia jurídica tradicional; algunas de sus características fundamentales podrían ser las siguientes: evitar separar la dogmática jurídica de la sociología del Derecho; tratar de configurar el análisis del Derecho dentro de un modelo de ciencia social integrada; no renunciar a un análisis histórico de las categorías jurídicas; desenmascarar los elementos ideológicos del Derecho o de la propia dogmática jurídica; potenciar los elementos de transformación social presentes en el Derecho moderno.

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

La situación actual

El panorama de las concepciones del Derecho del siglo XX se ha complicado considerablemente en las últimas décadas. Por un lado, las fronteras entre las grandes concepciones que examinamos —el realismo, el normativismo y el iusnaturalismo— se han difuminado considerablemente. El realismo escandinavo terminó por fundirse, en los años sesenta y setenta, con el normativismo analítico. El realismo americano —o, al menos, la versión moderada del mismo— se impuso de tal manera en las décadas centrales del siglo en los Estados Unidos que, de alguna forma, perdió sus señas de identidad; como escribió un estudioso del movimiento: "ahora ya somos todos realistas". El normativismo hartiano incorporaba las tesis (menos radicales)

de los realistas y del Derecho natural. Y la versión iusnaturalista más influyente de los últimos tiempos, la de John Finnis, no parece ser incompatible con un iuspositivismo moderado.

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

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

Neoiusnaturalismo Como ocurrió durante todo el transcurso del siglo, el Derecho natural inspirado en la filosofía escolástica sigue siendo una concepción de notable arraigo en los países de tradición católica. Sin embargo —y paradójicamente— la versión del iusnaturalismo más influyente del final del siglo se debe a un autor inglés, Finnis, que, por lo demás, se inspira en Aristóteles y en Tomás de Aquino. Lo que quizás sea más significativo de su obra es la tendencia a configurar el Derecho natural en un pla-

no deontológico más bien que ontológico, esto es, como una serie de principios morales cuya función es guiar (y justificar) el Derecho positivo, pero no suministrar los criterios con que establecer la validez del Derecho y, por tanto, con los que separar el Derecho del no-Derecho. Para Finnis, el Derecho natural son los principios de la razón práctica que ordenan la vida del hombre y de la comunidad. Esos principios derivan de ciertos bienes básicos que se justifican por sí mismos: son valores objetivos, porque cualquier persona razonable no puede por más que considerarlos como bienes; se trata de la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad o amistad, la razonabilidad práctica y la religión. Ahora bien, esos bienes han de verse necesariamente en el contexto de una comunidad de seres humanos, y de ahí la necesidad de que exista un sistema jurídico que cree las condiciones para que puedan perseguirse tales bienes. Finnis reconoce la posibilidad de que un sistema jurídico pueda ir contra el bien común, pero él está interesado en el caso central, en el núcleo de significado del concepto de Derecho; y según ese significado central, el Derecho es la ordenación mediante el ejercicio de la autoridad de la vida social dirigida a la realización del bien común.

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

Teorías críticas del Derecho

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

El postpositivismo:
R. Dworkin

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

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

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

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

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

Finalmente está la tesis de que el Derecho es interpretación. Un sistema jurídico contiene reglas y principios, pero esos son más bien los materiales a utilizar para resolver litigios, no

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

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

El paradigma constitucionalista

Tesis semejantes a las de Dworkin pueden encontrarse también en la obra de muchos autores que provienen del positivismo analítico; digamos, los sucesores de Kelsen, Hart y los realistas moderados: Neil MacCormick, Joseph Raz, Robert Alexy, Carlos Nino o Luigi Ferrajoli. No se trata de nada parecido a un movimiento, pero en sus obras puede detectarse una serie de coincidencias y de tendencias comunes con las que podría caracterizarse una concepción del Derecho, quizás aún *in statu nascendi*. Sus bases filosóficas son bastante eclécticas (además de la filosofía analítica se puede detectar —y a veces en el mismo autor— la influencia de la filosofía hermenéutica o de la teoría del discurso habermasiana), como ocurre también con su posición de cara a la teoría del Derecho (de alguna forma, se trata de una combinación de —ciertos— aspectos del realismo, del positivismo y del iusnaturalismo); sin embargo, desde el punto de vista político es claro que se trataría de una concepción que pretende dar cuenta de (y de servir para) el Derecho de los Estados constitucionales. Esos rasgos podrían formularse así: 1) La importancia otorgada a los principios como ingrediente necesario —además de las reglas— para comprender la estructura y el funcionamiento de un sistema jurídico y, en particular, de los de las sociedades contemporáneas avanzadas. 2) La tendencia a considerar las normas —reglas y principios—, no tanto desde la perspectiva de su estructura lógica, sino a partir de la función que desempeñan en el razonamiento práctico. 3) La idea de que el Derecho es una realidad dinámica y que consiste no tanto —o no sólo— en una serie de normas o de enunciados de diversos tipos, cuanto —o también— en una práctica social compleja, que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc. 4) Ligado a lo anterior, la importancia que se concede a la interpretación que es vista, más que como resultado, como un proceso racional y conformador del Derecho. 5) El debilitamiento de la distinción entre lenguaje descriptivo y prescriptivo y, conectado con ello, la reivindicación del carácter práctico de la teoría y de la ciencia del Derecho que no pueden reducirse ya a discursos meramente descriptivos. 6) La asunción del para-

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

Si ahora volvemos a la cuestión del sentido del Derecho que planteábamos al comienzo del capítulo, me parece que puede decirse que la concepción del Derecho que se acaba de bosquejar (y que tiene cierta difusión entre los juristas —teóricos y prácticos—, los filósofos, los cientí-

El sentido del Derecho

ficos sociales o los ciudadanos que viven bajo alguno de nuestros sistemas jurídicos) atribuye al Derecho un sentido claramente positivo. La fe en el Derecho —por hablar en esos términos— parece haber aumentado mucho en los últimos tiempos: no deja por ejemplo de resultar curioso que hoy sea sobre todo el pensamiento de izquierda (tradicionalmente, más bien agnóstico respecto al Derecho) el más empeñado en “la lucha por el Derecho”: para condenar los comportamientos genocidas (como en el caso Pinochet) o la guerra en contra de normas de Derecho internacional (como en la intervención de la OTAN en Kosovo); para equiparar los derechos de los nacionales y de los extranjeros (crítica a las leyes de extranjería); para instaurar un tribunal penal internacional; y, en general, para desarrollar las instituciones jurídicas y políticas —hasta llegar a un Derecho cosmopolita— con el fin de frenar la amenaza que para los valores tradicionales de la izquierda (la igualdad y la solidaridad) supone el fenómeno de la mundialización económica y financiera.

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

Pues bien, esta ambigüedad del Derecho contemporáneo, el que sea al mismo tiempo un factor de liberación y de opresión,

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

BIBLIOGRAFÍA*

- Aguiló, J. (2000): *J. Aguiló, Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*, Ariel, Barcelona.
- Agustín (1946-1959): San Agustín, *La ciudad de Dios*, en *Obras Completas* (ed. bilingüe), BAC, Madrid.
- Alchourrón-Bulygin (1974): C. Alchourrón y E. Bulygin, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires.
- Alexy (1989): R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. de M. Atienza e I. Espejo), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- Añón (1994): M. J. Añón, *Necesidades y derechos: un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Aristóteles (1959): Aristóteles, *Ética a Nicómaco* (ed. bilingüe, trad. de M. Araujo y J. Marías; introducción y notas de J. Marías), Instituto de Estudios políticos, Madrid.
- Aristóteles (1979): Aristóteles, *La gran moral. Moral a Eudemo*, trad. de P. de Azcarate, Espasa Calpe, Madrid.
- Arnaud (1975): A. Arnaud, *Les juristes face à la société. Du XIX siècle à nos jours*, PUF, París.
- Arnaud (1981): A. Arnaud, *Critique de la raison juridique. I. Où va la sociologie du droit?*, L. G. L. I., París.
- Atienza (1983): M. Atienza, *Marx y los derechos humanos*, Mezquita, Madrid.
- Atienza (1985): M. Atienza, *Introducción al Derecho*, Barcanova, Barcelona (hay una nueva ed. en Fontamara, México, 1995).
- Atienza (1991): M. Atienza, *Las razones del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Atienza (1993): M. Atienza, *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona.
- Atienza-Ruiz Manero (1993): M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Marxismo y filosofía del Derecho*, Fontamara, México, 1993.
- Atienza-Ruiz Manero (1996): M. Atienza y J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.

* Además de las obras citadas en el texto, incluyo otras que, de diversas formas, he tenido en cuenta en la redacción del libro.