



UNIVERSITY OF LEEDS

This is a repository copy of *How Far Can You Go With Quietism?*.

White Rose Research Online URL for this paper:

<https://eprints.whiterose.ac.uk/43548/>

Article:

Lang, GR (2010) How Far Can You Go With Quietism? *Problema*, 4. 3 - 37 (35).

<https://doi.org/10.22201/ijj.24487937e.2010.4.8087>

Reuse

See Attached

Takedown

If you consider content in White Rose Research Online to be in breach of UK law, please notify us by emailing eprints@whiterose.ac.uk including the URL of the record and the reason for the withdrawal request.



eprints@whiterose.ac.uk
<https://eprints.whiterose.ac.uk/>

PROBLEMA

ANUARIO DE FILOSOFÍA
Y TEORÍA DEL DERECHO

4

2010



INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Dr. Héctor Fix-Fierro
Director

Dr. Pedro Salazar Ugarte
Secretario Académico

Dra. Elvia Lucía Flores Ávalos
Jefa del Departamento de Publicaciones

De las opiniones sustentadas en los trabajos responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica en manera alguna que esta revista, *Problema, Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, se solidarice con su contenido.

Edición y formación en computadora: Karla Beatriz Templos Núñez
Diseño de portada: Carlos Martín Aguilera Ortiz

PROBLEMA
Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho

Dr. Juan Vega Gómez
Director

Dra. Elvia Lucía Flores Ávalos
Coordinadora editorial

Asistentes de la revista
Sandra Gómora Juárez
Berenice Ortega Villela
Ricardo Reyes Márquez
Enrique Rodríguez Trujano

Problema es una revista mexicana que contiene artículos en español e inglés sobre diversos temas de filosofía política, jurídica y moral. Esta revista es publicada anualmente por el área de Filosofía y Teoría del Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Problema is a bilingual journal —spanish/english— that publishes papers relating to legal, political and moral philosophy. *Problema* is published annually by the Philosophy of Law and Legal Theory Department of the Legal Research Institute, at National Autonomous University of Mexico.

Email: problema.unam@gmail.com

Enrique Cáceres Nieto / Imer B. Flores / Juan Vega Gómez
Fundadores

CONSEJO EDITORIAL / *EDITORIAL BOARD*

Jorge Adame Goddard (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM); Zenon Bankowski (Edinburgh Law School); Samantha Besson (University of Fribourg); Brian Bix (University of Minnesota); Brian Burge-Hendrix (Quest University); Enrique Cáceres Nieto (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM); Tom Campbell (Charles Sturt University Australia); Jaime Cárdenas (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM); Keith Culver (University of New Brunswick); Julie Dickson (Oxford University); Paulette Dieterlen (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM); Ronald Dworkin (New York University/University College London); Timothy Endicott (Oxford University); Imer B. Flores (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM); John Gardner (Oxford University); Michael Giudice (York University, Canada); Mark Greenberg (University of California, Los Angeles); Olga E. Hansberg (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM); Kenneth Einar Himma (Seattle Pacific University); Iwao Hirose (McGill University, Canadá); Carla Huerta Ochoa (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM); Guillermo Hurtado (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM); Duncan Kennedy (Harvard Law School); Matthew H. Kramer (Cambridge University); Dimitris Kyritsis (University of Sheffield); Gerald Lang (Leeds University); Larry Laudan (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM); Neil MacCormick (†) (University of Edinburgh); Andrei Marmor (University of Southern California); Guillermo J. Mañón Garibay (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM); Joseph Raz (Columbia University/Oxford University); María Elodia Robles (Facultad de Derecho, UNAM); Javier Saldaña Serrano (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM); Burkhard Schafer (University of Edinburgh); Nicos Stavropoulos (Oxford University); Rolando Tamayo y Salmorán (Facultad de Derecho, UNAM); Carlos de la Torre Martínez (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos); Juan Vega Gómez (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM); Ambrosio Velasco Gómez (Instituto de Investigaciones Filosóficas, UNAM); Enrique Villanueva (Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM); Jeremy Waldron (New York University); Wil Waluchow (McMaster University, Canada); Benjamin Zipursky (Fordham Law School).

Número de reserva al título en Derechos de Autor: en trámite.
Número de certificado de licitud de título: en trámite.
Número de licitud de contenido: en trámite.

Primera edición: 2010

DR © 2010, Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISSN en trámite.

CONTENIDO
TABLE OF CONTENTS

DISCUSIÓN: EN TORNO AL LIBRO *JUSTICE FOR HEDGEHOGS* DE RONALD DWORKIN

DISCUSSION TOPIC: ON RONALD DWORKIN'S JUSTICE FOR HEDGEHOGS

How Far can you Go with Quietism?	3
Gerald LANG	
Metaethics for Everyone.	39
Andrew REISNER	
Ronald Dworkin's <i>Justice for Hedgehogs</i> and Partnership Conception of Democracy (With a Comment to Jeremy Waldron's "A Majority in the Lifeboat")	65
Imer B. FLORES	

ARTÍCULOS
ARTICLES

The Americans with Disabilities Act and Health Care Allocation	107
Iwao HIROSE	

CONTENIDO

Los jueces como creadores de reglas	127
Larry ALEXANDER Emily SHERWIN	
La construcción temática de la Filosofía del Derecho de los juristas	169
J. Alberto DEL REAL ALCALÁ	
La relevancia del Derecho que remite a la moral	205
Juan B. ETCHEVERRY	
La discusión sobre el carácter deóntico de las normas de competencia: obligación o permiso	243
Carla HUERTA O.	
Sobre la justificación racional de las normas: consideraciones a partir de las ideas de Sergio Cotta.	277
Carlos I. MASSINI CORREAS	
Causas de indeterminación en el sistema de fuentes del derecho	303
Juan Ramón PÉREZ CARRILLO	
El derecho como razón excluyente para la acción: una aproximación desde la teoría iusnaturalista del derecho de John Finnis	327
Pilar ZAMBRANO	
Autores	371

DISCUSIÓN: EN TORNO AL LIBRO
JUSTICE FOR HEDGEHOGS
DE RONALD DWORKIN

*DISCUSSION TOPIC: ON RONALD
DWORKIN'S JUSTICE FOR HEDGEHOGS*

HOW FAR CAN YOU GO WITH QUIETISM?

Gerald LANG*

Resumen:

En su obra de reciente aparición, *Justice for Hedgehogs*, Ronald Dworkin renueva y amplía sus primeras críticas a la metaética. En este artículo se estudia los principales rasgos de los argumentos anti-metaéticos que elabora Dworkin, y se analiza con detalle un número de problemas que surgen de esos argumentos. En primer lugar, se sugiere que la apreciación de Dworkin, sobre lo que está haciendo la mayoría de los trabajos explicativos, está tergiversada en buena medida. En segundo lugar, se argumenta que la acusación de Dworkin de que el expresivismo es auto-derrotable es inofensiva, aunque otra acusación en las mismas cercanías podría ser más efectiva. Por último, se afirma que la falta de interés de Dworkin acerca de la metafísica moral está mal orientada. Lo que realmente sustentan sus argumentos es una negativa a dejar la metafísica a la fortuna, y no una negativa a perseguir una mayor clarificación de la metafísica moral. En esta conexión se sugiere tentativamente que Dworkin podría ser seducido por una versión particular del naturalismo.

Palabras clave:

Metaética, metafísica moral, quietismo, naturalismo, objetividad, Dworkin, Ronald.

* University of Leeds. g.r.lang@leeds.ac.uk.

GERALD LANG

Abstract:

Ronald Dworkin's Justice for Hedgehogs renews and amplifies his earlier attacks on metaethics. This article reviews the main lineaments of Dworkin's anti-metaethical arguments and discusses, in detail, a number of issues which arise from them. First, it is suggested that Dworkin's appraisal of what is doing most of the explanatory work in his account is largely askew. Second, it is claimed that Dworkin's allegation that expressivism is self-defeating is wide of the mark, but that another charge in the same vicinity might be more effective. Third, it is argued that Dworkin's incuriosity about moral metaphysics is misplaced. What his arguments actually support is an opposition to leaving metaphysical hostages to fortune, rather than an opposition to pursuing greater clarification about moral metaphysics. In this connection, it is tentatively suggested that Dworkin might be tempted by a certain version of naturalism.

Keywords:

Metaethics, Moral Metaphysics, Quietism, Naturalism, Objectivity, Dworkin, Ronald.

HOW FAR CAN YOU GO WHIT QUISTISM?

SUMMARY: 1. *Dworkin's Quietism*. 2. *Some Smaller Worries*. 3. *Some Bigger Worries*. 4. *Quietism versus Quasi-Realism*. 5. *Is Dworkin a Naturalist?* 6. *Conclusion*.

Ronald Dworkin has always favoured a systematic approach to moral, political, and legal philosophy, and his eagerly awaited *Justice for Hedgehogs* aims to bring topics which are, at first blush, highly heterogeneous—they range from the character of moral and legal concepts, to the duty to provide aid to the suffering, to the nature of liberty and equality, to the requirements of justice and the proper interpretation of democracy—into a unified, holistic system.¹ The title of the book, which draws upon Isaiah Berlin's interpretation of Archilochus's poem, is explained as follows:

The fox knows many things, but the hedgehog knows one big thing. Value is one big thing.²

Dworkin later speaks, less cryptically, of the

hedgehog's faith that all true values form an interlocking network, that each of our convictions about what is good or right or beautiful plays some role in supporting each of our other convictions in each of those domains of value.³

Justice for Hedgehogs promises to be an extraordinarily significant contribution to the philosophy of value. In this article, I will be concerned squarely with the arguments laid out in Parts I and II, which concern metaethics.

In Part I of *Justice for Hedgehogs*, Dworkin renews and amplifies a broad attack on various metaethical approaches—chiefly non-natural realism, error theory, dispositionalism, constructivism, and expressivism—which

¹ Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2011.

² *Ibidem*, p. 1. See also Berlin, Isaiah, *The Hedgehog and the Fox: An Essay on Tolstoy's View of History*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1953.

³ Dworkin, *supra* note 1, p. 120.

was originally adumbrated in *Law's Empire* and, at much greater length, his article 'Objectivity and Truth: You'd Better Believe It'.⁴ Those earlier arguments are largely intact in *Justice for Hedgehogs*, though the emphases are sometimes different. In any case, it is the latest formulations of the arguments I shall be chiefly concerned with.

According to one of Dworkin's sub-section headings in Chapter 3: 'Yes, Meta-Ethics Does Rest on a Mistake'.⁵ Now Dworkin cannot eschew metaethics completely—even the argument that traditional metaethical resources are much less significant than has usually been thought must be counted as a deliverance of metaethics. (This argument is not naturally classified as a contribution to first-order or normative ethics.) But that point is not embarrassing to Dworkin. His real contention is that there is no such thing as a metaethical *grounding* for normative ethics and other departments of first-order thought, such as political philosophy and applied ethics.

The article will be organized as follows. In section 1, I will provide a summary of Dworkin's quietism (as well as a justification for the ascription of the term to him—he himself is resistant to it). In section 2, I examine what I regard as a few comparatively minor complaints about Dworkin's arguments which have been aired in a symposium in honour of a slightly earlier incarnation of *Justice for Hedgehogs*, published in the *Boston University Law Review*.⁶ I believe that Dworkin's argument can withstand these particular criticisms. But there are more serious worries about his arguments, which will begin to emerge in section 3. The remain-

⁴ Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, London, Fontana Press (1986, esp. pp. 76-86); and Dworkin, Ronald, 'Objectivity and Truth: You'd Better Believe It', *Philosophy & Public Affairs* 26 (1996, pp. 87-139).

⁵ Dworkin, *supra* note 1, p. 67. There is an obvious and clearly intended echo here of Prichard, H. A. 'Does Moral Philosophy Rest On A Mistake?', *Mind* 21 (1912, pp. 21-37).

⁶ See Schafer-Landau, Russ, 'The Possibility of Metaethics', *Boston University Law Review* 90 (2010, pp. 479-96); Smith, Michael, 'Dworkin on External Skepticism', *Boston University Law Review* 90 (2010, pp. 509-20); and Star, Daniel, 'Moral Skepticism for Foxes', *Boston University Law Review* 90 (2010, pp. 497-508).

der of the article will be largely devoted to an exploration of these more substantial difficulties. In section 4, I will consider a particularly difficult and subtle debate between Dworkin and the expressivist quasi-realist. I will then investigate, in section 5, Dworkin's complaints about naturalism, and press on him the charge that he is plausibly—and, by his own lights, harmlessly—a *manqué* naturalist, though undoubtedly a different sort of naturalist from the versions of naturalism he considers and rejects. A brief conclusion is stated in section 6.

1. *Dworkin's Quietism*

In this section I will provide a bald summary of Dworkin's leading claims, ignoring many points of detail.

It is customary to distinguish between 'first-order' moral claims, or claims which belong to the segment of philosophical ethics we call normative ethics, and 'second-order' moral claims, or claims which belong to the segment of philosophical ethics we call metaethics. On this construal, the first-order claims are concerned with questions *of* morality, whereas the second-order claims are concerned with questions *about* morality.⁷ But it should be noted that the first-order claims and second-order claims are often placed together in the same claims. For example, it would not be unnatural to gloss a moral statement such as 'Abortion is wrong' as 'The statement that abortion is wrong is true', or as 'It is an objective fact that abortion is wrong'.

The possibility of combining first-order and second-order claims in one and the same proposition suggests that these claims enjoy a measure of mutual relevance. Yet some writers have been prepared to assert a considerable distance between the first-order and second-order claims. J. L. Mackie, for example, who famously defended an 'error the-

⁷ Dworkin, *supra* note 1, p. 10.

ory' of value discourse, has this to say about the relationship between them:

These first order and second order views are not merely distinct but completely independent: one could be a second order moral sceptic without being a first order one, or again the other way round.⁸

Mackie then goes on to argue that the second-order level of analysis will reveal that no positive first-order moral claim can be true. That is because, contrary to the implicit presuppositions of ordinary moral discourse, the world plausibly lacks the kind of objectively prescriptive and intrinsically motivating facts which could make any of those first-order positive moral claims true. However, due to the fact that first-order and second-order claims are 'not merely distinct but completely independent', Mackie also seems prepared to accept that the charge of global error at the second-order level carries no implications for the fate of the claims at the first-order level. Presumably at the first-order level, then, claims will continue to be held to be true or false on grounds which will be familiar to practitioners of normative ethics—that is, to all of us who have ever got into an argument about a moral issue.

Dworkin profoundly distrusts this separation between first-order and second-order moral discourse:

If I am right ... that there are no non-evaluative, second-order, meta-ethical truths about value then we cannot believe either that value judgments are true when they match special moral entities or that they cannot be true because there are no special entities for them to match. Value judgments are true, when they are true, not in virtue of any matching but in virtue of the substantive *case* that can be made for them. The moral realm is the realm of argument not brute, raw fact.⁹

⁸ Mackie, J. L., *Ethics: Inventing Right and Wrong*, London, Penguin (1977, p. 16).

⁹ *Ibidem*, p. 11.

HOW FAR CAN YOU GO WHIT QUISTISM?

What, then, is the function of the second-order claims (or the ‘further claims’, as Dworkin sometimes refers to them)?¹⁰ How is their interaction with the first-order claims to be understood? The function of the second-order claims, according to Dworkin, is chiefly to emphasize the content of the first-order claims—to assert the speaker’s view that the truth of those first-order claims is not a matter of mere taste, or that the truth of the first-order claim is not taken to depend on any ongoing attitude which the speaker or anyone else bears to it, so that the claim would continue to be true (if it is true) even if nobody thought it was true.¹¹ In what follows, I shall say that Dworkin supplies a ‘continuity reading’ of the further claims, as opposed to Mackie’s ‘discontinuity reading’ of them.

The two passages above convey the essence of Dworkin’s position. Now I want to fill out the picture a little more, and to indicate some of the friends and enemies which Dworkin relies upon and duels with, respectively, in Part I of *Justice for Hedgehogs*. These encounters will be described in fuller detail in the sections to come.

Throughout Part I, Dworkin places special emphasis on what he calls ‘Hume’s Principle’, which

holds that no series of propositions about how the world is, as a matter of scientific or metaphysical fact, can provide a successful case on its own—without some value judgment hidden in the interstices—for any conclusion about what ought to be the case.¹²

Dworkin is taking inspiration here from Hume’s famous passage forbidding the coupling of ‘ought’ claims and ‘is’ claims:

In every system of morality, which I have hitherto met with ... the author proceeds for some time in the ordinary way of

¹⁰ *Ibidem*, p. 53 ff.

¹¹ *Ibidem*, p. 54.

¹² *Ibidem*, p. 44.

reasoning ... when of a sudden I am surpriz'd to find, that instead of the usual copulations of propositions, *is*, and *is not*, I meet with no proposition that is not connected with an *ought*, or an *ought not*. This change is imperceptible; but is, however, of the last consequence. For as this *ought*, or *ought not*, expresses some new relation or affirmation, 'tis necessary that it shou'd be observ'd and explain'd; and at the same time that a reason should be given, for what seems altogether inconceivable, how this new relation can be a deduction from others, which are entirely different from it.¹³

Dworkin's enthusiastic recruitment of Hume under his objectivist banner may seem initially surprising. Hume has traditionally been interpreted to pose a challenge to ethicists with objectivist aspirations. This is because the inability to recover an 'ought' from a series of 'is' claims is taken to put pressure on the descriptivist framework which is normally assumed by defenders of moral objectivity.¹⁴ But Dworkin is untroubled by this, because what he wishes to recover from Hume is the different lesson that morality is not answerable to any grounding in non-moral fact. The descriptivist framework which moral phenomenology suggests to us can therefore be taken for granted. We do not have to worry about its impropriety on the grounds that the world has failed to cooperate with the demands of moral discourse. In the relevant sense, there are no external hurdles which moral discourse has to clear, which means that moral discourse is answerable only to the standards internal to it. Thus Hume's Principle helps to liberate us from 'the Gibraltar of all mental blocks: that something other than value must underwrite value if we are to take value seriously'.¹⁵

¹³ Hume, David, *A Treatise of Human Nature*, 2nd. edition, edited by Selby-Bigge, L. H.. and Nidditch, P. H., Oxford, Clarendon Press (1978, p. 469); cited in Dworkin, *supra* note 1, pp. 425-6 (at n. 6).

¹⁴ There is also, of course, Hume's apparent insistence that moral judgments express passions rather than beliefs: see section 4.

¹⁵ Dworkin, *supra* note 1, pp. 16-7.

HOW FAR CAN YOU GO WHIT QUISTISM?

Hume's Principle allows us, as a corollary, to distinguish between 'internal scepticism' and 'external scepticism'.¹⁶ Internal scepticism is scepticism about morality which does not 'go all the way down': it rejects certain positive moral claims on the basis of other positive moral claims. Internal sceptical challenges may take a global form. For example, pessimism about free will and responsibility may generate scepticism about most of our positive moral claims, but the resulting scepticism will be internal or engaged, because it is derived from the substantive moral principle that moral claims can be true only if they hold for agents who can be responsibly sensitive to them. Another example of a global internal sceptical challenge is provided by the view that moral claims can be true only if they are the product of a divine will. Again, this is an internal rather than an external challenge because it proceeds from a substantive moral principle. Hence internal sceptical challenges do not violate Hume's Principle. They do not pretend to issue 'ought' claims from a collection of purely 'is' claims.

Dworkin is not concerned to rebut internal sceptical challenges in the early parts of *Justice for Hedgehogs*; he engages with them only in the later parts of the book.¹⁷ External sceptical challenges, by contrast, do violate Hume's Principle, and it is Dworkin's aim in Part I to reject these challenges root and branch. These are forms of scepticism which profess to go 'all the way down'. They seek to disprove or undermine morality, or else what morality appears to us to be, from somewhere outside it: by claiming, for example, that the world lacks the kind of metaphysical entities which could confer truth upon any of our first-order moral claims.

External scepticism comes in two varieties: error scepticism and status scepticism. The former tells us that morality is a 'misconceived enterprise', while the latter tells us that

¹⁶ *Ibidem*, pp. 30-2.

¹⁷ I will return, however, to the interpretation of the global internal sceptical challenges in section 3.

morality is a ‘misunderstood enterprise’.¹⁸ Error scepticism claims that, according to ‘value-neutral metaphysics’,¹⁹ all our positive moral claims are false. Thus an error sceptic

might read the ordinary view [of morality] as assuming that moral entities exist: that the universe contains not only quarks, mesons and other very small physical particles but also what I called morons, special particles whose configuration might make it true that people should not torture babies and that optional military invasions seeking regime change are immoral.²⁰

Mackie provides us with a prominent example of an external error sceptic.

Status scepticism, by contrast, ‘encourages us to keep our convictions and give up only bad metaphysics’.²¹ It does that by interpreting the first-order claims in a way which allows them to avoid the metaphysical disappointment that would otherwise ensue from the realization that the world contains no morons. On this view, the first-order claims are construed in a non-factualist way, as expressions of emotions or attitudes. If they are construed in this way, then the first-order claims are neither true nor false. But that, of course, offends against moral phenomenology, as Dworkin notes. (More sophisticated versions of expressivism do provide for talk of truth and objectivity: these versions will be examined in section 4.)

Connected to the presuppositions of external error scepticism are what Dworkin calls the ‘causal impact hypothesis’, and the ‘causal dependence hypothesis’.²² According to the causal impact hypothesis, ‘moral facts can cause people to form moral convictions that match those moral facts’.²³ And according to the causal dependence hypothesis, ‘unless the

¹⁸ Dworkin, *supra* note 1, p. 32.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

²¹ *Ibidem*, p. 52.

²² *Ibidem*, p. 70.

²³ *Idem.*

causal impact hypothesis is true, people can have no sound reason to think that any of their moral judgments is a correct report of moral truth'.²⁴ Both these hypotheses, on Dworkin's view, are implicitly wedded to the same presuppositions as external error scepticism. Defenders of them see moral truth as consisting in correspondence with something brutally metaphysical. But it is not just error sceptics who embrace these two hypotheses. They are also upheld by those realists who wish to vouch for the genuineness of moral facts and properties, such as the so-called 'Cornell' realists. And Cornell realists' attachment to the causal impact hypothesis and the causal dependence hypothesis therefore makes this brand of moral objectivity objectionable, even though these realists are no more prepared to affirm the existence of morons than Dworkin is.

Where, finally, is Dworkin to be located in metaethical territory? He says he is resistant to the various pigeonholes which have emerged in recent metaethical discourse, and is resistant, in particular, to the label of 'quietism'.²⁵ He remarks that the term 'quietism' suggests 'a dirty secret kept dark'.²⁶ But the ascription of a term cannot be properly refused simply because it has generated unwelcome associations in some quarters. Though *non*-quietists may have unflattering things to say about quietism, presumably quietists will be prepared to assemble a more enthusiastic case for it. If the label appears to fit, the strategy should be to accept it and disparage those associations, rather than to resist the label and insist that one is entitled to stand above the fray and remain loftily unclassifiable. And the label does indeed appear to fit. Dworkin contends that the integrity of first-order moral argument is not dependent on any metaphysical grounding; that the success or failure of first-order argument is not dependent on any news appearing on the metaethical front. Moral discourse is therefore

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Ibidem*, p. 11.

²⁶ *Ibidem*, p. 25.

answerable only to the standards which are internal to it. But this is just the kind of position which, in general, quietism is taken to designate. So, although he may deny it, Dworkin is a quietist. But that should not trouble him. As I see it, to insist that he is a quietist is not to saddle him with toxic debts that some more generous or sensitive characterization of him might have hoped to avoid.²⁷

2. *Some Smaller Worries*

In this section I will deal with (as I regard them) three comparatively minor complaints about Dworkin's arguments proposed by Russ Schafer-Landau, Michael Smith, and Daniel Star in the recent published symposium on *Justice for Hedgehogs*.²⁸

First, these authors all take Dworkin to task for characterizing the external error sceptic as providing for the existence of permissibility as a genuine characteristic of actions. They disagree: error sceptics do not provide for permissibility any more than they provide for the properties which are subsumed under the other normative categories. All of these normative properties are deemed not to exist by the error sceptic. So Dworkin misunderstands what error

²⁷ One further note on the structure of Dworkin's commitments: it seems to me that his criticism, in Dworkin 'Objectivity and Truth', *supra* note 4, pp. 106-7, of Crispin Wright's 'cognitive command' criterion of realism, where disagreement between parties must be construed in such a way as to support the ascription of cognitive or informational error to at least one of those parties, is wide of the mark. Dworkin thinks Wright's view is faulty because the mere attribution of cognitive or informational error cannot make any useful contribution to the resolution of any given first-order dispute. But Dworkin's own view of the function of the further claims would surely also be inert in *that* particular role: the Dworkinian construal of the further claims could amount only to table-thumping. It is Wright's 'width of cosmological role' criterion, not the cognitive command criterion, which Dworkin probably ought to regard with suspicion; as I see it, the cognitive command criterion threatens no injury to quietism. For Wright's views, see Wright, Crispin, *Truth and Objectivity*, London, Harvard University Press, 1992.

²⁸ I am not in a position, naturally, to be able to offer an exhaustive evaluation of their respective arguments. (Such an approach might be unwise for an independent reason: their criticisms are directed at an earlier draft of *Justice for Hedgehogs*.)

sceptics are up to, and fails to award logical space to a position which denies impermissibility, but also fails to affirm permissibility.²⁹ I shall call this the *No Permissibility Argument*.

The No Permissibility Argument strikes me as unfair. Dworkin's real point, surely, and a point he makes repeatedly in his work, is that *we simply don't know what to make* of arguments which purport to show that *X* is not, after all, impermissible, if it does not then follow that *X* is permissible.³⁰ Why don't we know what to make of such arguments? The relevant reasoning is downstream from Dworkin's main argument that moral conclusions, or moral claims, can only be affected by considerations which seem pertinent to the conduct of first-order moral argument.³¹ Now perhaps Dworkin's emphasis on this *Pertinence Condition*, as I am going to refer to it, does not establish the conclusions he favours, but that will be a separate failing from the failings allegedly established by the No Permissibility Argument. The No Permissibility Argument does not, in and by itself, expose a chink in Dworkin's armour, and it is ungenerous to accuse him of logical obtuseness. Confronted with the reply that the error sceptic is attempting to draw attention to a presupposition failure of moral discourse, from which it will follow that *X* is neither permissible nor impermissible, Dworkin can simply refuse to admit the possibility of presupposition failures which reflect brute metaphysical truths, since the supposed relevance of those truths cannot be reconciled with the Pertinence Condition. The ball will be then in the error sceptic's court, not Dworkin's.

Two further, and related, problems are concerned with Hume's Principle. The first of these alleged problems proceeds from Dworkin's claim that wholly non-moral meta-

²⁹ Schafer-Landau, *supra* note 6, pp. 490-1; Smith, *supra* note 6, pp. 512-3; and Star, *supra* note 6, pp. 499-500.

³⁰ Dworkin *supra* note 1, pp. 42-3; *cf.* Dworkin, 'Objectivity and Truth', *supra* note 4, p. 95.

³¹ In my view, it is this principle, not Hume's Principle, which Dworkin is really relying upon: see the next section.

physical properties and facts cannot vindicate moral claims. Schafer-Landau and Star offer the reply that non-moral metaphysical facts might nonetheless undermine moral claims, even if they cannot vindicate them.³² I will refer to this argument as the *Undermining Argument*. The third problem is derived from Dworkin's supposed inattention to the fact that, while Hume forbids deductive inference from 'is' claims to 'ought' claims, he is hospitable to non-deductive traffic between them. I shall call this argument the *Non-Deductive Argument*.³³

Like the No Permissibility Argument, I think these two further arguments are ineffective.³⁴ I discuss them in turn. Consider, first, the counter-examples offered by Schafer-Landau and Star in illustration of the Undermining Argument. Schafer-Landau gives the example of someone—let us call him Jones—who is suspected of participating in the armed robbery of a bank. Schafer-Landau then stipulates that, while the suspicion of criminality against Jones cannot be vindicated by Jones' location in the bank at the time of the robbery—he might, after all, have been merely an innocent onlooker—the suspicion of his guilt will be undermined if it turns out that Jones was definitely elsewhere. Star's example concerns the approach of an asteroid towards earth, which an agent is physically powerless to prevent. Given the application of the 'ought implies can' principle—a principle which is not itself a first-order claim—Star concludes that we can properly conclude that it is not the case that this agent ought to stop the asteroid.

To what extent are these cases analogous to the moral case? They seem utterly disanalogous to me. In Schafer-Landau's example, Jones' presence in the bank at the time of the robbery is a necessary but not sufficient condition of his guilt; facts about his whereabouts at the time of the robbery can undermine the case against him, but they can-

³² Schafer-Landau, *supra* note 6, p. 485, and Star, *supra* note 6, p. 502.

³³ Schafer-Landau, *supra* note 6, pp. 485-6.

³⁴ The real problem with Hume's Principle is explored in the next section.

not vindicate the case against him. His guilt can only be established by further investigation. Dworkin's analogous claim is that the presence of morons cannot vindicate moral claims; so, by analogy, he must have failed to pay attention to the possibility that the absence of morons can nonetheless undermine moral claims. Now even though the 'vindication' claim is logically distinct from the 'undermining' claim, the *arguments* Dworkin advances against the vindication claim plausibly encompass the undermining claim as well. If the existence of a brute metaphysical fact, *M*, cannot vindicate a moral claim, *C*, for the reasons Dworkin gives, then it *will* follow that the *absence* of *M* cannot undermine *C*. Dworkin is clear throughout that he is completely uninterested in the existence of morons. They could confer no justification on moral claims at all, whether that confirmation took a final or merely intermediate form.

The same points can be applied to Star's asteroid case. The absence of morons cannot undermine the probity of some given first-order moral claim any more than the presence of morons could uphold the probity of that first-order claim. Unlike other kinds of non-moral fact, such as facts bearing on one's physical ability to make any difference to the trajectory of an asteroid, facts about morons are simply not the kind of facts which could make any difference to the truth or defensibility of a first-order claim.³⁵ In short, Dworkin is not undermined by the Undermining Argument.

The Non-Deductive Argument also seems weak. Presumably Dworkin's invocation of Hume is not slavish. Though Hume himself may have been hospitable to non-deductive traffic between 'is' claims and 'ought' claims, Dworkin is entitled to remain untroubled by a possible accumulation of abductive evidence for the untenability of first-order moral

³⁵ Dworkin counts the 'ought implies can' principle as an internal first-order principle (albeit an abstract one), rather than as an external principle: Dworkin, *supra* note 1, p. 428 (at n. 5). I suspect he is right about that as well. But the important point is that Dworkin can accommodate the moral relevance of indisputably non-moral facts without having to concede that morons may also be morally relevant to the assessment of first-order moral claims.

claims in the light of the non-existence of special moral properties which could confer truth upon those claims. How would such arguments get going? What cumulative argumentative forces could push us in the direction of any conclusion which declared itself to be troubled by the absence of morons? Once again, Dworkin seems dialectically entitled to stay in his corner and see what the opposition has to say next. I doubt that he will be too worried.

3. SOME BIGGER WORRIES

Despite Dworkin's ability to withstand these minor challenges, he is vulnerable to some other challenges. Most importantly, though he claims that metaethics rests on a mistake, the arguments Dworkin deploys seem poorly placed to shut down at least some metaethical lines of investigation. Schafer-Landau usefully lists a number of familiar metaethical questions in his commentary on Dworkin, which I reproduce here in full:³⁶

- (A) Are moral standards eternally true?
- (B) Are value judgments intrinsically and necessarily motivating?
- (C) Do moral requirements entail categorical reasons for action?
- (D) What is the nature of a moral property?
- (E) What is the modal status of the supervenience relation that obtains between moral and non-moral features?
- (F) Why think that a belief's having emerged from equilibrium epistemology as any evidence of its truth?
- (G) Physical laws are true generalizations of the nature and workings of physical objects and forces. Moral laws are not like this. What, then, makes all true moral laws true?

Schafer-Landau believes that these various questions cannot be plausibly held to be improper, or badly formed,

³⁶ Schafer-Landau, *supra* note 6, p. 482.

or uninteresting, or unimportant. I agree with him. And these questions are all broadly conceptual, rather than substantive. Though they may ultimately arise from the very general features exhibited by first-order moral discourse, engagement with them does not commit us to any direct involvement in first-order arguments.

To what extent, then, is Dworkin prepared to engage with these questions, and on what terms? As things stand, he has far too little to say about (D) and (E). This is, I think, the most serious omission from his discussion. But the damage is not catastrophic. I shall have more to say about these particular issues in section 5, when I discuss Dworkin's relationship with naturalism. (It is closer than he might think.) By contrast, Dworkin has a fair bit to say about (B) and (C): I shall discuss these particular issues in section 4. As for (A), (F) and (G), Dworkin is prepared to count them as first-order or internal challenges, albeit very abstract first-order challenges. He is insistent, first, that a theory of moral epistemology is really a theory of responsibility: when we participate in moral argument, we have the responsibility to reason in ways which display, in as much luminous detail as we can muster, the various evaluative connections between the various judgments we have arrived at.³⁷ He also insists, as we know, that we have no business worrying about the correspondence of our moral conclusions with brute metaphysical facts about the world. Now presumably there are ways of taking (A), (F), and (G) which do commit us to worrying about the reality of this metaphysical correspondence. Dworkin is, I believe, within his rights to remain deaf to such appeals. I will thus say no more about these particular questions here.

Still, Dworkin's frequent habit of recasting supposedly 'external' questions as 'internal' questions represents less of an achievement than he thinks. The remaining part of this section will investigate why that is so. Dworkin holds that there are no defensible external sceptical strategies, but

³⁷ Dworkin, *supra* note 1, ch. 6.

that there are global internal sceptical challenges. As indicated earlier, one of Dworkin's examples is supplied by what I will call the *atheist's challenge*, which holds that no substantive first-order moral claim is true unless that proposition has been willed by a wholly good, all-powerful god. This is supposed to be an internal challenge, albeit a global internal challenge, because it proceeds from a recognizably substantive moral claim—the very claim which asserts that moral claims are true only if they display this dependence on a divine will.³⁸

The problem with this line of argument is that it reveals the division between internal and external scepticism to be troublingly porous, or leaky. Compare the atheist's challenge with this challenge, which we can call the *non-naturalist challenge*:

There are no moral properties, no moral reasons for and against different courses of action, because there are no non-natural properties which can confer truth upon any of those claims.

Dworkin, of course, will insist that the non-naturalist challenge represents an external sceptical challenge. That is because it rests upon a metaphysical thesis which is unengaged with first-order moral argument. But it is fairly easy to restate the non-naturalist challenge in a way which discloses it as an internal sceptical challenge. Consider the following *non-naturalist advice principle*:

No moral claim is true unless it is made true by the existence of a truth-making non-natural property, and so no moral claim should be taken as true unless we are in the position to vouch for the existence of the relevant non-natural property.

The non-naturalist advice principle bridges the realm of the moral with the realm of the metaphysical. It is also a

³⁸ *Ibidem*, p. 34.

substantive moral principle. It purports to offer practical advice, albeit highly refined and abstract practical advice, for those who conduct ordinary moral arguments. In this sense, it is comparable to the atheist's challenge.³⁹

You may think that the non-naturalist advice principle is implausible, even preposterous.⁴⁰ But that is beside the point. The plain fact of the matter is that, as a substantive moral principle, it does not offend against Hume's Principle. If it does not offend against Hume's Principle, then the division between internal and external scepticism will, in turn, seem toothless. Any sceptical challenge which Dworkin would prefer to consign to the external camp can be easily re-described in terms which reveal it to be a member of the internal camp.

When all is said and done, then, Hume's Principle, and the division between internal and external scepticism, do rather little work for Dworkin. Despite his rhetoric, these do not provide him with any live ammunition. I will call this line of argument, which has aimed to show that (what Dworkin would prefer to describe as) external sceptical challenges can be re-described as internal sceptical challenges, the *Leakage Worry*.

My drawing attention to the Leakage Worry is not intended to function as a refutation of Dworkin, or to pretend that he would be unable to muster a strong case against the non-naturalist advice principle. It is intended primarily to get clear on what is doing the heavy lifting in his system. I think this must be provided by his claim that the proper interpretation of the further claims needs to display their pertinence to the first-order claims. It is Dworkin's Perti-

³⁹ Consider the fact that many participants in first-order moral arguments will be utterly uninterested (*qua* first-order moral participants) in theistic groundings for morality. That does not stop the atheist's challenge from being properly classified as an internal challenge. But if that is so, then the fact that many or most participants in first-order moral arguments will be utterly uninterested (*qua* first-order moral participants) in metaphysical groundings for morality is similarly incapable of stopping the non-naturalist challenge (with a little tweaking) from being classifiable as an internal challenge.

⁴⁰ As do I, in fact: see the discussion of the Hostages to Fortune View in section 5.

nence Condition which provides his strongest argument against external error scepticism.

Still, how far can we really get with the Pertinence Condition? We seem, at this stage of the dialectic, to be squarely dependent on what the ordinary participants in first-order moral discourse *take* to be pertinent to their concerns. That does not present us with any sharp tools for distinguishing between worries which can be properly ignored, and worries which tend to be improperly (though perhaps understandably) discounted in the heat of the moment. Even so, the Pertinence Condition is far from completely flaccid: the more *outré* versions of the further claims which are clearly unengaged from the first-order claims still look deeply unappetizing. But a danger emerges at this point, which is that Dworkin's commitment to the Pertinence Condition is rather similar to that of a rival approach, namely, expressivism. I shall examine the relationship between quietism and expressivism in the next section.

4. QUIETISM *VERSUS* QUASI-REALISM

It is hard to follow the complicated debate between Dworkin and Simon Blackburn without being reminded of the old adage about keeping your friends close, but your enemies closer. As Dworkin remarks, in his reply (in the BEARS online symposium) to Blackburn's commentary on his 'Objectivity and Truth': 'He says that I am dead wrong, and besides he said it first'.⁴¹

The difficulties here stem principally from the significant commitments which Dworkin and Blackburn agree on. First, they both deny the availability or the relevance of external metaphysical groundings for morality. Second, they

⁴¹ See Dworkin, 'Reply to Blackburn', BEARS symposium on Dworkin 'Objectivity and Truth', *supra* note 4: online at <http://www.brown.edu/Departments/Philosophy/bears/symp-dworkin.html>, 1997; Dworkin is here replying to Blackburn, 'Comment on Dworkin', BEARS symposium, online at <http://www.brown.edu/Departments/Philosophy/bears/symp-dworkin.html>.

both adopt a continuity reading of the further claims, where the further claims simply emphasize or qualify the content of first-order claims, thus allowing talk of truth and objectivity to be properly attributable to first-order claims.⁴² So how—if at all—are quietism and expressivist quasi-realism supposed to differ?

The chief difference between them, as I see it, is that Dworkin is a descriptivist all the way down. The first-order claims are straightforwardly descriptive claims: they are in the business of describing moral reality. For Dworkin, then, the descriptive function of the first-order claims is not under pressure at any point. The further claims testify to the ambition of descriptive adequacy, but not in any way which commits those first-order claims to the more particular ambition of having moron-type truth-makers. Blackburn, by contrast, aims to show that, in the first instance, first-order claims should be interpreted as expressions of conative attitudes.⁴³ When the full apparatus for the correction, criticism, and refinement of attitudes is disclosed, this will create an opportunity for the further claims to accentuate the content of first-order claims without having to be interpreted as vouching for any heavy-duty metaphysical correspondence between the first-order claims and the world; and, by this stage, the first-order claims will also turn out to function like claims in a familiar assertoric, descriptivist discourse.⁴⁴ But Blackburn thinks that we need to proceed in this roundabout manner in order to discharge explanatory debts which would otherwise go unsatisfied.⁴⁵ On Blackburn's view, in effect, Dworkin simply helps himself to

⁴² Third—it seems fair to add as a more minor point of comparison—they both seem rather tetchy about having metaethical labels attached to their theories, which doesn't help with the interpreter's task of keeping the score between them.

⁴³ For a particularly revealing discussion, see Blackburn, Simon, 'How to be an Ethical Anti-Realist', in his *Essays on Quasi-Realism*, Oxford: Oxford University Press, (1993, esp. pp. 168-71).

⁴⁴ See Blackburn, Simon, *Ruling Passions: A Theory of Practical Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, 1998, and several of the essays in Part II of Blackburn, *Essays on Quasi-Realism*, *supra* note 44.

⁴⁵ See Blackburn, 'Comment on Dworkin', *supra* note 42.

the descriptivist framework without having earned the right to do so.

There are really two questions to pursue here. First, we need to inquire into the charge that Dworkin has illegitimately and lazily helped himself to conclusions he has not bothered to argue for. Second, we need to examine the particular charge laid against Blackburn that his account is in some manner self-annihilating. I will consider these questions in turn.

Has Dworkin enjoyed all the benefits of theft over honest toil? I don't think so, though we will not be in the position to give him a full bill of health until the conclusion of the article.⁴⁶ Moral discourse has a descriptivist character. By itself, that is not enough to secure moral objectivity: to claim otherwise is to risk mistaking 'resonance for reference', as Williams tellingly puts it.⁴⁷ But the gravity of the charge against Dworkin all depends on the challenges which lie in wait for the aspiring objectivist.⁴⁸ One worry is likely to be metaphysical: though first-order moral claims may aim at truth, the world does not satisfy our expectations in this regard. It seems to me that Dworkin basically says enough to allay this worry. We do not think that morons function as the truth-makers of our first-order claims. However, he is unacceptably reticent about the nature of moral properties.⁴⁹ I explore this issue in section 5.

Another set of worries concern the action-guiding or practical nature of moral judgments. One of these worries

⁴⁶ Even then, we will not be in a position to fully vouch for the success of his programme, as everything will all depend on the success of his account as a whole. See my remarks in the concluding section.

⁴⁷ Williams, Bernard, 'Ethics and the Fabric of the World', in his *Making Sense of Humanity*, Cambridge, Cambridge University Press, (1995, p. 177).

⁴⁸ This is a point particularly emphasized by Dworkin, 'Reply to Zangwill', BEARS symposium: online at <http://www.brown.edu/Departments/Philosophy/bears/symp-dworkin.html>, 1997, which responds to Zangwill, Nick, 'Comment on Dworkin', BEARS symposium: online at <http://www.brown.edu/Departments/Philosophy/bears/symp-dworkin.html>, 1997.

⁴⁹ As indicated above, Schafer-Landau's questions (D) and (E) seem particularly pertinent in this connection: see section 3, above.

concerns moral reasons: are they really as categorical as they pretend to be?⁵⁰ Another worry concerns motivation: if the making of moral judgments generates appropriate motivational energy in the agents who make them, then won't the relevant mental states have the wrong direction of fit to redeem the descriptivist phenomenology?

With respect to reasons for action, Dworkin displays overt sympathy for the categorical nature of moral reasons in Part I,⁵¹ but most of the relevant discussion is tendered out to the later parts of the book, where he develops, and then, applies, a quasi-Kantian framework which places particular emphasis on dignity and self-respect.⁵² These parts of the discussion lie beyond my remit.

Now I turn briefly to motivation. Dworkin is perfectly aware of the intellectual pressures created by the close connection between moral judgment and motivation. That inclines some philosophers—most notably, expressivists—inspired by different Humean passages, to claim that moral judgments express mental states with a conative or world-to-mind direction of fit, rather than mental states with a cognitive or mind-to-world direction of fit. But if that is so, moral judgments will not be truth-apt, and will not be amenable to the quietist account of them.

The claim that the connection between a moral judgment and appropriate motivation is an internal or conceptual one goes by the name of 'internalism about motivation'. Some objectivists, such as the Cornell realists, are inclined to reject internalism about motivation. But that is not Dworkin's way. Dworkin seems inclined to hold on to both internalism and cognitivism. So how does he propose to do this?

Dworkin offers two salient arguments for the consistency of internalism and cognitivism: first, he takes issues with

⁵⁰ The belief that moral reasons are not categorical was, of course, of massive importance to Mackie's error theory. See also Schafer-Landau, *supra* note 6, pp. 492-3.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 49-51.

⁵² *Ibidem*, esp. ch. 11.

the claim that the ‘directions of fit’ argument establishes that world-to-mind and mind-to-world directions of fit cannot be combined in one and the same mental state; and second, he suggests that an agent’s failure to be appropriately motivated by a moral judgment places severe pressure on the proper attribution to her of that very judgment.⁵³ Though Dworkin’s defence of these claims could certainly do with some amplification, it seems to me that he is basically on the right lines.

In short, and depending, in part, on his ability to make progress on the question of what moral properties are, Dworkin can plead innocence against Blackburn’s charge.

Now I turn to the charges Dworkin makes against Blackburn. Dworkin alleges that Blackburn’s ‘strategy swallows itself like the Cheshire Cat leaving only a smile behind’.⁵⁴ To explain what this striking charge amounts to, I will step back and briefly consider Dworkin’s general treatment of status scepticism.⁵⁵

Dworkin’s argument against status scepticism is divided into two parts.⁵⁶ First, he attacks what he calls ‘speech act’ expressivism, and second, he attacks a more sophisticated variant of expressivism which he labels the ‘two language games’ version of expressivism. These variants of expressivism take opposed views on the relationship between first-order claims and the further claims which testify to the truth or objectivity of those first-order claims.

⁵³ *Ibidem*, pp. 48-9, and 56-8; see also Dworkin, ‘Reply to Blackburn’, *supra* note 42.

⁵⁴ Dworkin, *supra* note 1, p. 63; cf. Dworkin, ‘Objectivity and Truth’, *supra* note 4, p. 112.

⁵⁵ Dworkin’s treatment does not address certain forms of expressivism, such as the theory of ‘cognitivist expressivism’ recently developed by Horgan, Terry, and Timmons, Mark, ‘Non-Descriptivist Cognitivism: Framework for a New Metaethic’, in *Foundations of Ethics: An Anthology*, edited by Schafer-Landau, R., and Cuneo, T., Oxford: Blackwell, 2006. For helpful commentary on the proliferation of options in this area, see Dreier, James, ‘Metaethics and the Problem of Creeping Minimalism’, *Philosophical Perspectives* 18 (2004), pp. 23-44).

⁵⁶ Dworkin, *supra* note 1, pp. 52-63.

HOW FAR CAN YOU GO WHIT QUISTISM?

According to the ‘speech act’ version, the further claims are discontinuous from the first-order claims: they are to be interpreted in an external manner. Because, on the expressivist view, there is no possibility of any metaphysical vindication of the first-order claims, the only way of saving moral discourse from a charge of massive error is to re-interpret those first-order claims as expressions of conative or non-cognitive attitudes towards certain states of affairs.⁵⁷ Dworkin thinks this expressivist ‘speech act’ re-interpretation of the first-order claims is open to two charges: first, it is phenomenologically unconvincing, because avowing moral commitments plausibly amount to more than simply letting off steam or projecting non-cognitive attitudes; and second, it is needless, since the further claims did not have to be interpreted in the first place as offering morality any external metaphysical vindication.

Since few expressivists defend the speech act version these days, I will move on immediately to the two language games version of expressivism, where we find Blackburn and other writers, such as Allan Gibbard.⁵⁸ The main difference between the language games version and the speech act version is that the language games version is supposed to supply a reading of the further claims where they are continuous with the first-order claims, offering emphasis, rather than metaphysical *gravitas*. Both the first-order claims and the further claims belong to the ‘morality game’, and the expressivism, which asserts that moral discourse must be interpreted as projections on to a value-free world, belongs to the distinct ‘philosophy game’.

So what exposes the language games version to Dworkin’s ‘Cheshire Cat’ satire? Dworkin’s dialectic is complicated, but it seems to me that his argument supports two possible versions of the charge, both of them ultimately

⁵⁷ Of course, this starting-point will also accommodate (for some tastes) the action-guiding character of moral judgments.

⁵⁸ See, for example, Gibbard, Allan, *Thinking How To Live*, London: Harvard University Press, 2003. The labels are squarely Dworkin’s—they are not branched by either Blackburn or Gibbard.

proceeding from the continuity reading of the further claims which the sophisticated expressivist, no less than the quietist, has supposedly secured.

Here is one version of the problem: if the talk of truth and objectivity recorded by the further claims can be truly appended to the first-order claims, then we lack a justification for characterizing the first-order claims as anything other than they appear to be: namely, assertoric, truth-apt statements. Precisely because Blackburn claims to be able to make room for the expression of the further claims, his expressivist, non-cognitivist construal of the first-order claims is immediately undermined, and expressivism will be ‘a bust from the start’.⁵⁹ Non-cognitivist attitudes are not truth-apt, and cannot therefore be true.

Blackburn’s preferred answer to this charge, I should think, will be that once the full evaluative apparatus of correction, criticism and refinement is securely in place, the first-order claims are no longer *simple* expressions of non-cognitive attitude which are such as to escape classification as truth-apt. They are now more complicated attitudes, which behave in ways which make them, to all intents and purposes, truth-apt.

For the purposes of argument, I am prepared to grant Blackburn this reply. Dworkin is not finished yet. Here is another version of the problem: since Blackburn claims that he has managed to construe the further claims in a way which makes them continuous with the first-order claims, he has undermined any reason to think that we ever needed to construe the first-order claims in such a way as to save them from exposure to a heavy-duty construal of the further claims. If we can avoid interpreting the further claims in the heavy-duty, metaphysical-*gravitas*-conferring way by interpreting them as Blackburn wishes to construe them, then the *motivation* for re-interpreting the first-order claims as—at least originally—non-cognitive attitudes will be undermined. The descriptivist ‘morality game’ will now

⁵⁹ Dworkin, *supra* note 1, p. 52.

HOW FAR CAN YOU GO WHIT QUISTISM?

take up all the available space, and there will be nothing for the ‘philosophy game’ to do; there will be no world, as Dworkin puts it, for the status sceptic to bustle in.⁶⁰

How powerful is this argument? At least two points need to be made on Blackburn’s behalf. First, and just to be clear, Blackburn cannot be reasonably accused of siding with a heavy-duty construal of the further claims *and also* siding with a ‘light touch’ construal of them, where the further claims offer emphasis rather than correspondence. After all, he offers the light touch construal of the further claims *in order to escape from* the heavy-duty construal of them. So he is not open to the charge of having his cake and eating it too; there is no charge of inconsistency or of divided loyalties to level against him. Second, Blackburn can point out that his light touch construal of the further claims is facilitated by a construal of the first-order claims according to which they started out life as nothing grander than simple non-cognitive attitudes. They are not simple non-cognitive attitudes at the end of the evaluative story, but that is precisely what they are at the start of the story; and it is those humble, conceptually hygienic origins which enable Blackburn to make good on his project of *explaining* the cognitive shape of moral discourse.⁶¹

These points shield Blackburn from the immediate charge levied against him by Dworkin. His account is not self-annihilating or self-defeating. But Blackburn is still exposed to a charge lurking somewhere in the same vicinity. The charge may be put like this: if Blackburn can construe the further claims in a light touch way, then so can Dworkin. But if the further claims are thus construed, then there is nothing to stop those further claims from partnering a straightforwardly descriptivist construal of the

⁶⁰ *Ibidem*, p. 62.

⁶¹ I lack the space here to explore how the sophisticated expressivist fares against the two charges most frequently levied against it: the Frege-Geach problem and the mind-dependence problem. (The fact that Blackburn can supply a continuity reading of the further claims does something to address the mind-dependence problem—but not, I think, everything.)

first-order claims, and there will have been no need to insist that the first-order claims started off life as simply expressions of non-cognitive attitudes. We will have been furnished with descriptivist resources from top to bottom, just as Dworkin contends, and Blackburn's account, in turn, will have come to seem inefficient, or pointlessly circuitous; his detour through non-cognitive mental states will have served no real purpose.

I believe that the charge of circuitousness against Blackburn has force. But two matters ought to give us pause at this point. First, Dworkin is not as candid as he ought to be about the nuts and bolts of the descriptivist picture he has assembled. I will discuss that particular matter in the next section. Second, Blackburn can say that his construal of the first-order claims as—at least at some point in the story—non-cognitive helps to account for the close connection between moral judgment and motivation. How important an advantage this amounts to depends on how the relevant motivational data is handled. If it is thought that Dworkin's alternative treatment of this data is preferable to Blackburn's—see the sketch of his account given above—then Blackburn will lack a convincing rationale for foisting a conative interpretation on to the mental states which constitute moral judgments.

I conclude this section by considering Michael Smith's attempt to rescue quasi-realism from Dworkinian criticisms.⁶² Smith argues that the status sceptic can find conceptual room to meet both the Pertinence Condition (whereby the further claims are given a continuity reading and the first-order claims are thus permitted to be objectively true) and the 'Independence Condition' (according to which the further claims retain aspects of a discontinuity reading and the first-order claims can thus be unmasked

⁶² Smith, *supra* note 6, pp. 517-20. Schafer-Landau, *supra* note 6, pp. 493-4, makes somewhat related remarks about the possibility of showing that morality might be 'second-rate' without having to succumb to an error theory.

as objectively deficient).⁶³ Smith's essential point is that moral beliefs have a different constitution from non-moral beliefs. To put the point roughly, whilst non-moral beliefs are formed as a matter of sensitivity to brute aspects of the world, moral beliefs are cognitive states which are formed by a process of idealization of desires. It follows, for Smith, that the Pertinence Condition can then be met, because the further claims can still function to qualify or endorse the content of the beliefs expressed in the first-order claims in such a way as to make them amenable to talk of truth and objectivity. But it follows that the Independence Condition can also be met, since the further claims can be regarded, in that role, as stating an ambition for moral discourse—to represent the moral aspects of the world in ways which are analogous to the ways in which non-moral beliefs represent the non-moral aspects of the world—which goes unsatisfied, thus permitting the status sceptic to be a *sceptic*.

This picture is, I think, is exposed to a dilemma. On one horn of it, it is prone to an acute instability. If the kind of truth of which first-order moral claims admit is such as to support the denial that they can ever be true, then it would seem that the same claims can be described as both true (by the lights of the Pertinence Condition) and not true (by the lights of the Independence Condition). That cannot be a satisfactory state of affairs.

It may be replied that moral claims can be appraised for their possession of two non-rival types of truth, which are constituted by different standards. But this leads us to the other horn of the dilemma. If the Independence Condition is engaged by the failure of moral claims to meet the standards appropriate for non-moral beliefs, why does that amount to anything other than the concern that moral claims are not made true by morons? Dworkin will, quite rightly, be completely untroubled by the non-availability of *this* picture of moral truth. If this is the only way in which the status sceptic can satisfy the Independence Condition,

⁶³ Dworkin, *supra* note 1, p. 54 and *passim*.

then the Independence Condition was not worth trying to satisfy in the first place. It seems to me that there is little here for Dworkin to fear.

5. IS DWORKIN A NATURALIST?

Dworkin is certainly unhappy with the standard range of naturalist theories on offer. Most of his attention is paid to the Cornell realist variant of naturalism, as defended by Richard Boyd, Nicholas Sturgeon, and David Brink. He disparages these accounts for their attachment to the causal impact hypothesis and the causal dependence hypothesis. These accounts are also guilty, on Dworkin's view, of interpreting moral concepts as natural kind concepts, rather than as interpretive concepts.⁶⁴

I tend to share Dworkin's reservations about these forms of naturalism. Even so, I believe there is intellectual pressure for Dworkin to accept *some* form of naturalism. Dworkin concedes that supervenience obtains in moral ascription: moral properties are instantiated in virtue of the descriptive properties which underlie or subvene them.⁶⁵ That tends to suggest, at least as a first pass, that moral properties are strictly distinct from the non-moral properties which underlie them.⁶⁶ And that leads, in turn, to the question of what moral properties *are*. Even if our guide to the existence and distribution of moral properties is to be provided exclusively by first-order moral argument, that

⁶⁴ *Ibidem*, Part II, esp. ch. 8. Some may be inclined (as I am) to classify David Wiggins's and John McDowell's metaethical work as broadly naturalist, despite their occasional references to non-natural properties: Dworkin has his say about these theories in the endnotes: *ibidem*, pp. 441-6 (at n. 6).

⁶⁵ *Ibidem* (manuscript at 86-7).

⁶⁶ Perhaps moral properties can be reduced instead to natural properties, or to a disjunctive list of natural properties: see, for example, Jackson, Frank, *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis*, Oxford, Oxford University Press, 1997, and Sturgeon, Nicholas, 'Doubts about the Supervenience of the Ethical', *Oxford Studies in Metaethics, Volume Four*, edited by R. Schafer-Landau, R., Oxford, Oxford University Press, 2009, for discussions of some of the relevant possibilities. But Dworkin is unwilling to pursue such questions.

HOW FAR CAN YOU GO WHIT QUISTISM?

should not stop us from trying to achieve a more lucid characterization of moral properties than Dworkin is prepared to deliver in the following representative summary of his holistic, quietist approach:

What makes a moral judgment true? When are we justified in thinking a moral judgment true? My answer to the first [question]: moral judgments are made true, when they are true, by an adequate moral argument for their truth. Of course that invites the further question: what makes a moral argument adequate? The answer must be: a further moral argument for its adequacy. And so forth.⁶⁷

Let us agree with Dworkin that the property of goodness is properly ascribed through the resources of ordinary moral argument, and that goodness supervenes on the non-moral properties which serve as the evidence of goodness. We might then imagine someone asking, in a non-sceptical spirit, what kind of property goodness is. How can Dworkin deny this is a proper inquiry? Everything else, it would seem, can be metaphysically evaluated, so why not moral properties? For example, are moral properties continuous with the other inhabitants of the natural realm or do they constitute a departure from it? Are they *sui generis*, or are they to be subsumed under some broader metaphysical category? As Schafer-Landau suggests, these do not seem to be improper questions. They can be legitimately raised even if one thinks, with Dworkin, that the *justification* for moral claims must all be resolved within the compass of first-order theorizing.

So why is Dworkin so resistant to these questions? I think his underlying concern may be that if we were to pursue such questions, we would be creating undesirable hostages to fortune. I shall now attempt to enlarge on this suspicion.

⁶⁷ Dworkin, *supra* note 1, p. 37.

The following series of claims, which I collect together as the *Hostages to Fortune View*, presents a picture of moral theorizing which I think Dworkin wishes to reject:

Hostages to Fortune View

In pursuing moral arguments, we attempt to locate properties which, on a metaphysical realist picture, subvene moral properties. In other words, we locate, or attempt to locate, the good-making and bad-making properties of courses of action, institutions, practices and whatever else. The good-making properties of *X* differ from the property of goodness itself. This suggests that the location of the good-making properties of *X* leaves the job incomplete. For someone who wanted to know if *X* is good, it is not enough to establish that *X* has good-making properties; we will need a further argument to establish the presence of goodness in addition to the good-making properties.

If the Hostages to Fortune View, or something like it, is indeed the metaethical picture which Dworkin has in mind, I think he is right to find it unsatisfactory.⁶⁸ If we are leaving hostages to fortune at the point where we have supposedly established that *X* has good-making properties, but is not (yet) good, then we are suggesting, in effect, that we do not yet know whether *X* has any good-making properties. Here it needs to be noted that ‘good-making’ suggests a relation of *determination*: if *X* has good-making properties, then it should follow that *X*’s goodness is *determined by* its good-making properties.

So, if we have established the presence of good-making properties through applying the usual resources of first-order moral argument, we should not have to worry about the further presence of goodness itself. That should come along for the ride. Alternatively, if we have not yet established the presence of good-making properties, due to the fact that we

⁶⁸ For some evidence that Dworkin has something like the Hostages to Fortune View in mind, see his remarks on the distinction between seeking *evidence* for (scientific) propositions and making a *case* for (moral) propositions: *ibidem*, pp. 114-7.

have not yet established the presence of goodness, then the conclusions of the first-order moral arguments must be construed in a much weaker way. It is not the good-making properties of *X* which we will have established, but something altogether much more hedged and conditional: we will have established only that *X* has good-making-properties-just-as-long-as-*X*-has-the-property-of-goodness-in-addition-to-what-would-seem-to-be-*X*'s-good-making-properties. And this means, in turn, that we will have no choice but to construe ordinary moral arguments as being involved in a complicated division of labour, where the provisional or conditional conclusions established by those arguments must now await the sort of ratification which only metaethics can provide.

Contrary to what Dworkin seems to think, it does not follow from a principled opposition to the Hostages to Fortune View that we cannot or should not provide a metaphysical characterization of goodness. It suggests only that we cannot or should not tolerate a division of labour where our normative conclusions must then somehow await confirmation by moral metaphysics. It is the avoidance of *metaphysical hostages to fortune*, rather than the avoidance of *metaphysics*, which Dworkin has actually argued for, even if that truth does not seem to be wholly apparent to him.

Nothing Dworkin actually argues for, then, requires that a metaphysical characterization of moral properties must be deemed inappropriate. So why do I say that there is intellectual pressure on him to accept naturalism in particular? It is because naturalism is metaphysically tidy and epistemologically unproblematic, and requires no revision of the descriptivist parts of moral phenomenology. Naturalism offers us moron-free territory, and Dworkin is after moron-free territory.

I lack the space here to pursue, in a more fine-grained way, the question of which type of naturalism Dworkin should embrace. But in any case, there is no certainly no need for him to accept, as he most routinely does, that any

version of naturalism is required to follow the example of Cornell realism and uphold the causal impact hypothesis and the causal dependence hypothesis. A naturalist metaethics can follow Dworkin's holistic approach to moral justification, and agree on the Pertinence Condition, whilst still having something to say about moral metaphysics.

There is some tentative evidence, in fact, at least in 'Objectivity and Truth', that Dworkin himself thinks that he might be able to accept the possibility of a naturalistic identification between moral properties and natural properties without capsizing the rest of his theory.⁶⁹ He does not pursue the issue, as he thinks that the line of argument he is considering cannot furnish morality with any *external* vindication. He is right about that, but wrong to think that the matter does not warrant his further attention. It warrants his attention because, as philosophers, we are entitled to know what moral properties *are*.

6. CONCLUSION

I submit, in conclusion, that Dworkin's opposition to the possibility of metaethical groundings shows much promise. But three caveats must be recorded.

First, Dworkin over-estimates the dialectical value of Hume's Principle, and the associated division between internal and external sceptical challenges. It is not Hume's Principle, but the Pertinence Condition, which is really doing all the heavy lifting for him.

Second, Dworkin's concern to avoid leaving metaphysical hostages to fortune is taken by him, rashly, to justify a principled incuriosity about moral metaphysics. But the arguments he deploys do not justify this incuriosity, and he should seek more lucid resolutions on questions of moral metaphysics than he has been prepared to pursue. (I have suggested, in this connection, that naturalism may fit the

⁶⁹ Dworkin, 'Objectivity and Truth', *supra* note 4, pp. 99-101.

HOW FAR CAN YOU GO WHIT QUISTISM?

bill. Perhaps Dworkin will refuse that invitation; still, his treatment should be sharpened in some way or other.)

Third, and as we have seen, the question of whether morality provides us with categorical reasons for action—the question which has rightly exercised such a huge influence over contemporary metaethics—is a question which Dworkin largely tenders out to the later parts of *Justice for Hedgehogs*. That is in no way objectionable, of course—it does not, in and by itself, generate a caveat—but it does mean that Dworkin’s metaethical rivals need not fear for their futures until he has made good on these parts of his project. Dworkin’s view seems to be that, as he emerges from the first two parts of *Justice for Hedgehogs*, metaethics is no longer a going concern. But that is not really the case. If the moral and conceptual impulses which have been poured into rival metaethical accounts cannot be properly rationalized within Dworkin’s first-order holistic account, they will reappear elsewhere, and we will need to go back to the metaethical drawing-board in order to determine how our disappointed expectations about morality ought to be accommodated. So the stakes, for Dworkin, are very high.⁷⁰

Even with these caveats to take on board, Dworkin’s arguments are deeply powerful and suggestive, and it seems to me that there is everything to play for. Quietism is in with a shout.⁷¹

⁷⁰ But might the existence of categorical moral reasons not raise awkward metaphysical issues? Again, these reasons will not be made true by moron-like truth-makers, but we may still require a greater level of metaphysical resolution than Dworkin is prepared to provide. See also Scanlon, T. M., *Being Realistic About Reasons*, 2009 John Locke Lectures, unpublished manuscript, for a detailed discussion of the relevant options.

⁷¹ Thanks to Daniel Elstein, Andy McGonigal, and Cain Todd for helpful conversations about these issues.

METAETHICS FOR EVERYONE

Andrew REISNER

Resumen:

En palabras de Dworkin: el escepticismo moral es una perspectiva moral. Esto en contraste con la idea más popular de que el verdadero reto para el realismo moral es el escepticismo externo, un escepticismo que proviene de consideraciones no morales sobre la metafísica de la moral. Al igual que otros, no comparto las conclusiones más poderosas de Dworkin acerca de la viabilidad del escepticismo externo. Sin embargo, considero que su crítica de un “escepticismo equivocado” aporta una muy útil enmienda a los proyectos de metaética más tradicionales. Mi objetivo en este ensayo es separar las diferencias entre la perspectiva de Dworkin y las perspectivas tradicionales, llegando a la conclusión de que el trabajo de Dworkin, en *Justice for Hedgehogs*, contribuye a una metaética para todos.

Palabras clave:

Metaética, Metafísica moral, realismo, objetividad, escepticismo, Dworkin, Ronald.

Abstract:

As Dworkin puts it: moral scepticism is a moral view. This is in contrast to the more popular idea that the real challenge for moral realism is external scepticism, scepticism which arises because of non-moral considerations about the metaphysics of morality. I, too, do not concur with Dworkin's strongest conclusions about the viability of external scepticism. But, I think his criticism of error scepticism offers a much needed corrective to more tra-

ANDREW REISNER

ditional metaethical projects. My aim in this paper is to split the difference between Dworkin's view and more traditional views, concluding that Dworkin's work in Justice for Hedgehogs contributes to metaethics for everyone.

Keywords:

Metaethics, Metaphysics of Morality, Realism, Objectivity, Scepticism, Dworkin, Ronald.

METAETHICS FOR EVERYONE

SUMMARY: *Introduction*. I. *How to Become an Error Sceptic*. II. *No Morons: the Argument from Queerness and Dworkin's Objections to It*. III. *Moral Properties on the Cheap*. IV. *Refocusing on Concepts*. V. *Conclusion*. VI. *References*.

INTRODUCTION

I want to take up one of Ronald Dworkin's many very interesting ideas from *Justice for Hedgehogs*. It is the idea that the only intelligible scepticism about morality is in an important sense internal to morality. To paraphrase Dworkin: moral scepticism is a moral view.¹ This is in contrast to the more popular idea that the real challenge for moral realism is external scepticism, scepticism which arises because of non-moral considerations about the metaphysics of morality. In this paper, I am particularly interested in what Dworkin calls 'error scepticism'. Error scepticism is the view that morality (moral thought, moral discourse, moral metaphysics) is altogether mistaken, because for non-moral metaphysical reasons we should doubt that there are any genuine moral properties.

Many philosophers raised on a diet of more traditional metaethics will find Dworkin's rejection of the coherence of external, and particularly error, scepticism improbable at best. I, too, do not concur with Dworkin's strongest conclusions about the viability of external scepticism. But, I think his criticism of error scepticism offers a much needed corrective to more traditional metaethical projects. My aim in this paper is to split the difference between Dworkin's view and more traditional views. No doubt this will leave neither Dworkin nor the traditionalists very satisfied. So it goes with the wisdom of Solomon.

There has been of late some important work in metaethics that treats the metaphysics of moral properties as being

¹ Dworkin (2011). The original phrasing is '...external skepticism is itself a moral position...'.

of lesser importance than moral judgement and moral speech.² This is not exactly Dworkin's line, but interestingly some of the work in this vein has interesting resonances with it.³ I would like to tentatively join the crowd who thinks metaphysical problems are not at the fore of central issues in metaethics, but I would like to do so in a realist and non-deflationary way. Dworkin's criticisms of error scepticism can help us to see that moral properties, while not deflated, are cheap, especially on views about properties that are naturalistic.

I can give only a sketch of why moral properties may turn out not to be ontologically problematic. But, this sketch will help elucidate why error scepticism, though coherent, is more likely than not to be essentially uninteresting. Once one sees the general lack of interest in external scepticism, there is a good case for moving closer to Dworkin's approach to metaethics by focusing on concepts.

I. HOW TO BECOME AN ERROR SCEPTIC

Error scepticism as a view has a long history in analytic philosophy. It is instructive to look at how it came to gain a foothold in our contemporary thought.

Metaethics was a central topic of interest during the early years of analytic philosophy,⁴ not least of all because of G. E. Moore's important work, *Principia Ethica*.⁵ *Principia Ethica* covers a remarkably wide spectrum of moral theory, including metaethics, axiology, and normative theory. Perhaps its most influential legacy is the open question argument.

The open question argument was used in service of a claim about the property, good. That claim is that good is a non-

² See Scanlon (2009) and Skorupski (1999). Indeed, Skorupski is an anti-realist about moral properties.

³ Dworkin and Skorupski both draw on Kantian ways of understanding our capacity for moral judgement to support the truth-aptness of moral claims.

⁴ A good sense of this significance may be seen by consulting the table of contents for Soames (2005).

⁵ Moore (1903).

natural, unanalysable property. Moore supposes that for any F in a question of the following form:

x is F, but is it good?

the question may be considered open. A question is open if it is intelligible in the sense of not being a tautology, or perhaps an obvious tautology. If there were a trivial equivalence between F and good, then the question would have the sound of asking 'x is F, but is it F?'.⁶

Moore draws two conclusions from the open question argument. The first is that good is a non-natural property. Were it a natural property, then the question should be closed when the appropriate natural predicate is substituted for F, but this never seems to happen. The other conclusion is that good is unanalysable. If it were analysable, we should be able to provide a satisfactory (possibly complex) predicate, natural or non-natural, that would close the question.

Setting aside discussion of what the open question argument in fact shows,⁶ it is worth noting that from an historical point of view, it was impressively persuasive, although perhaps not with the results that Moore would have either anticipated or liked. Perhaps the most important effect of the open question argument for much of the 20th century was to bolster moral anti-realism.

This surprising outcome for an argument intended to support a particular kind of moral realism occurred as a result of developments that took place in the roughly thirty years following the publication of *Principia Ethica*. With the rise of logical positivism and in particular radical empiricism, a new and deflationary approach to metaphysics took hold. For the history of metaethics, the important figure was A. J. Ayer.⁷

⁶ Just what the open question argument shows is a matter of some controversy. See Ball (1988) for a good general discussion.

⁷ Ayer (1936). Another influential figure was C. L. Stevenson. See in particular Stevenson (1937).

Ayer famously claimed that synthetic propositions only have descriptive meaning if they are empirically verifiable.⁸ Having found the open question argument convincing, he took good to be a non-natural, and therefore empirically unverifiable property. This makes propositions or sentences in which good (or 'good') figures descriptively meaningless. As a consequence, moral claims (moral sentences or moral beliefs) should be interpreted as having a non-descriptive meaning: emotive meaning.⁹ In effect, saying that 'X is good' is just a way of saying 'Hooray for x', where 'hooray' is understood to indicate a pro-attitude towards x.

Radical empiricism is not a metaphysically heavily laden view; Ayer expresses his worries in terms of meaning rather than in terms of properties or states of affairs. Nonetheless, as a philosophical outlook, it marks the beginning of a lasting concern about the commensurability of moral realism and respectable metaphysical naturalism. The connection of naturalistic worries about the metaphysics of moral properties to verificationism is not only historical, but to a degree philosophical. Verifiability for the most part ceased to be a worry for semantics, but its scientific overtones were readily assimilated into a broader programme of naturalistic metaphysics in the 20th century. As long as the open question argument continued to be persuasive, the prospects for offering a naturalistically credible realist metaethics looked dim. Metaphysical naturalism in this way served as an important grounds for error scepticism.

The force of the open question argument has been called into serious question by more recent thinking about the distinction between the necessary and the *a priori*.¹⁰ The gist of much of the current thinking is that to the extent the open question argument shows anything at all, it shows

⁸ Ayer (1936).

⁹ 'Descriptive meaning' and 'emotive meaning' are terms coined by Stevenson. They are convenient to use in this context for reasons of clarity. Ayer speaks of the emotive use of ethical terms.

¹⁰ The impact of this thinking has been most keenly felt in the wake of Kripke's (1980) *Naming and Necessity*.

that none of the putative natural identities for good are *a priori*, but this leaves room for there to be a naturalistic identity for good that can be known or discovered *a posteriori*.

While the possibility of finding an *a posteriori* identity for good has helped to promote new avenues for metaethical realists,¹¹ a second line of naturalistically motivated scepticism remains intact and influential. It is this line that is one of the principal targets of Dworkin's arguments in *JFH*.¹²

II. NO MORONS: THE ARGUMENT FROM QUEERNESS AND DWORKIN'S OBJECTIONS TO IT

In 1977, J. L. Mackie published a book, *Ethics: Inventing Right and Wrong*, which is in many ways the modern starting point for the metaethical debates leading up to the current day. He offers a line of argument for scepticism about the existence of moral properties that runs independently of the open question argument, but the argument remains motivated by a thoroughgoing metaphysical naturalism. In fact, Mackie offers two distinct types of argument: the argument from queerness and the argument from disagreement.¹³ It is the former that is of importance for this paper.

There are, in fact, two arguments from queerness. One is the argument from metaphysical queerness, the other from epistemological queerness. The metaphysical argument from queerness is the one that most concerns Dworkin and will be the focus here. According to Mackie, the kinds of properties about the existence of which we are most confident are those that are given to us by science and perhaps ordinary parlance about the natural and artificial world. We thus countenance a wide range of properties from being a

¹¹ See Boyd (1988) and Railton (1986) for post *Naming and Necessity* examples.

¹² Dworkin (2011), pp. 23 ff.

¹³ Mackie began developing these influential lines of argument some time earlier in Mackie (1946), but they did not gain broad currency until the publication of Mackie (1977).

quark and having a spin to being an automobile and having a high top speed. All these properties are supposed to be similar in that they seem to accord with our basic scientific understanding of the universe. It is also important for Mackie that real properties are primary qualities. Secondary qualities, as he understands them (essentially as response dependent properties), are not in fact real properties.

Moral properties are supposed to be different from the scientifically respectable ones. They do not have the hallmarks of the kinds of properties that science normally postulates; the physical sciences are not in the business of discussing normative properties in general. Ordinary objects and properties—like my desk, my car, and the properties of being a desk or being a car—are also ontologically respectable, because one way or another ordinary objects are composed of things science talks about: atoms, molecules, quarks, electrons, etc. To accommodate them in our ontology, we do not need to go much beyond what science posits.

The same supposedly cannot be said for moral properties, which have in Mackie's view some very odd features. One is that they are magnetic. Moral properties have the power to attract individuals towards certain kinds of behaviours or states of affairs and to repel them from others. The second is that they are normative. They have some special guidingness which intellectually suitable people recognise. One can see that they are guiding or to be followed, possibly in a way that is independent of one's motivation to follow them.

Moral properties are therefore queer. They are not like the properties in our ontology in which we have the greatest confidence: they are not like what science gives to us. Further, they are hard to find.¹⁴ We can ostend a great many natural properties. I can show you that diamonds are harder than quartz by scratching a quartz crystal with a di-

¹⁴ One can see a certain connection to verificationism in this line of thought.

amongst. I can show you that a ceramic mug is brittle by dropping it on the floor with the result that it shatters. But, I cannot show you the wrongness of an action or the badness of a state of affairs in anything like the same way. The queerness of moral properties, according to Mackie, should lead us to doubt their existence, although it does not absolutely rule out the possibility that they may exist.

In various different ways, much of the literature following Mackie agreed that he had set out the terms of the challenge to moral realism correctly. Responses sought to defend realism by taking up the challenge of showing that secondary qualities are, in fact, real and that values are secondary qualities;¹⁵ arguing that Mackie's metaphysical analysis recommends abandoning a classic truth-functional understanding of moral sentences and moral judgements;¹⁶ or by trying to find a suitable set of primary qualities that meets Mackie's criteria.¹⁷

Despite some efforts to avoid the problem, Mackie's queerness objection looms large in current thinking about moral properties. The question of how morality, and perhaps normativity more generally, fit into a naturalistic ontology is supposed to be one of the important outstanding questions of metaethical theory. For many naturalists, the most satisfactory answer is ontological scepticism about moral properties: what we know about metaphysics suggests that morality has no place in our ontology.

Quite rightly, Dworkin suggests that there is something odd about this picture.¹⁸ One might sum up a number of his claims in the following way: Just what is it that we are supposed to be doing when we ask about whether it is wrong to kill? We are asking what are the relevant moral

¹⁵ McDowell (1985).

¹⁶ Blackburn (1984).

¹⁷ Railton (1986). Indeed, it is a little noticed feature of Railton's influential paper that he is careful to link his needs/desire account to a primary quality view in metaphysics. Later writers would also return to a primary quality of moral properties. See Jackson (2000).

¹⁸ See Dworkin (2011), especially ch. 3.

considerations. These might include that killing someone robs him of an opportunity to carry out his life projects, that killing someone denies to him various future goods, and so on. These are moral considerations. We are not tempted to make certain kinds of non-moral inquiries. For example, we do not pull out a special kind of scope and look for morons, moral particles that attach themselves to the objects of moral evaluation. To think that what makes killing right or wrong, or the suffering of the masses good or bad, is a matter of some metaphysically basic moral particle seems difficult even to understand.¹⁹ Contrast this with how we might go about discovering whether a salt crystal has such-and-such a structure or whether snow is, in fact, white. In these non-normative cases, while we may employ arguments, we consider the source of truth makers to be features of nature herself.

To put Dworkin's point a different way, we expect moral explanations for moral facts. When asking whether it is right to save a life, when there is no danger to one's own from doing so, one is usually expecting a moral case to be made, not a naturalistic one. There is no need to go hunting for morons to explain the rightness (or lack thereof) of saving a life, the permissibility of donating either to one worthy cause or to a different one, or the wrongness of inflicting unnecessary suffering on innocents. Explanations of the truth of moral claims come in the form of moral explanations.²⁰ But what of truth makers for moral claims?

Dworkin thinks that there are no truth makers for moral claims, although moral claims (moral judgements and sentences expressing moral propositions) are truth-apt, and in

¹⁹ Mackie presumably would offer different terminology and does not discuss moral particles directly.

²⁰ See Dworkin (2011), pp. 29-32. Dworkin takes the lesson of Hume's arguments about the is/ought gap not to be that we should be sceptical about moral truths, but rather that we should expect moral truths to be supported by moral, rather than non-moral, arguments.

this view he is not alone.²¹ His particular route towards a truth maker free theory of moral truth is both complicated and controversial. I shall not take it up here. Instead, I would like to develop Dworkin's idea that there is something peculiar about the idea of hunting for morons to learn moral truths, and that issues in metaphysics external, in his sense, to morality are unlikely to tell us much about what moral truths there are, or whether there are indeed any moral truths. My reasons for thinking that external or status scepticism is of little interest or concern are different from his. Little is revisionary in what I shall say as regards the basic framework of metaethics as it is currently thought about in the literature. Instead, I shall suggest that moral properties are so innocuous as to be of little use or interest in argumentation about which moral truths there are, or whether there are moral truths at all. In order to do all this, I shall have to go over some metaphysics first.

III. MORAL PROPERTIES ON THE CHEAP

Mackie-inspired worries about moral properties are supposed to be especially trenchant for metaphysical naturalists. In this context it is ontological naturalism, rather than epistemological or methodological naturalism that is of interest. Reductive (ontological) naturalism is the view that there is a privileged set of properties that are natural and that these are the only basic properties. Complex properties can be assembled out of the basic ones, but complex properties requiring non-natural properties as constituents will themselves be considered non-natural.

The privileged class of properties is normally thought to comprise those properties required by the appropriate sci-

²¹ See Scanlon (2009) and Skorupski (1999) for detailed discussion of ways in which one might get moral truth without truth makers using approaches that deny less of the standard metaethical framework than Dworkin's.

ences.²² Which sciences are appropriate and other problems with understanding the boundaries of the privileged class will be ignored here. What naturalists are after is a respectable group of properties, and respectability is normally thought to be tied in with being invoked by science.

Moral properties are thought to be problematic in part because they are not invoked by the natural sciences. Indeed, perhaps outside of the medical sciences and perhaps some biological sciences, the philosopher's notion of normativity has no place.²³ Being a robust moral realist appears to require us to accept the existence of spooky non-naturalistic properties which are not adequately respectable for our ontology.

As Dworkin's barbs about morons suggest, there is something odd about this picture. Moral realists rarely take themselves to be in the business of supernatural investigation.²⁴ Indeed, it is not clear that thinking that there are real moral properties commits one to an ontology very greatly enriched over the ordinary scientific one. To see why, it will be helpful to observe just how easy it is to identify a moral property with a natural property.

The approach that I shall take here finds its inspiration in Frank Jackson.²⁵ The version discussed here differs in important ways from Jackson's, however, and should not be taken as a reading of Jackson's view.²⁶

²² That is, the respectable properties are those that are required by, or at least posited by, those sciences that are considered respectable for the purpose of giving us the privileged properties.

²³ The notions of health and disease, normal and abnormal, may have normative components to them.

²⁴ Indeed, G. E. Moore, a non-naturalist par excellence, thought the open question argument ruled out not only naturalism about moral properties, but also supernaturalism about them.

²⁵ Jackson (2000).

²⁶ Perhaps the most important difference is that Jackson's way of doing things relies on treating propositions as sets of possible worlds. The equivalent step in the argument here is to treat properties as being co-intensional, in particular as functions from worlds to extensions. The approach I am using is more fine-grained than Jackson's. It is possible, for example, to differentiate propositions expressing dis-

We begin with three important assumptions:

- a) Normative properties globally supervene on natural properties (all minimal physical duplicate worlds are exact normative duplicate worlds).
- b) Properties are functions from worlds to extensions.
- c) Arbitrarily large conjunctive and disjunctive properties are respectable.

On these assumptions we can (trivially) construct a natural property that is identical to any normative property. This is the procedure. First, we look at the extension of the normative property, say being good, at a world. We then generate a property of being good at that world, the extension of which comprises all the good events in that world.²⁷ To do so, one describes each good event, one-by-one. Each good event with the circumstances under which it occurs will form a (potentially large) conjunction. Each of these conjunctions then serves as a disjunct for a large disjunctive property, one of the disjuncts of which is the conjunction of good events with the circumstances under which those events occur.²⁸ When we come to the last disjunct, we close off the disjunction with an and nothing more clause. This disjunctive property will be coextensive with the property of being good at that world. We now move to the next world and repeat the same procedure. Having gone to all the worlds, we now close off the massive disjunction with an and nothing more clause.

This procedure generates a natural property that is necessarily coextensive with the property of good. Because properties are functions from worlds to extensions and cannot be more finely individuated than that (by stipulation),

tinct necessary truths by treating properties as extensional, but it is not possible to do so if propositions are treated as sets of possible worlds.

²⁷ I am using events as a convenient object of evaluation; the extension of good could include actions, states of affairs, material objects, psychological states, and so on.

²⁸ Events are joined with their circumstances of occurrence to accommodate fine-grained varieties of axiological particularism.

necessary coextension is sufficient for identity. So, we have generated a natural property that is identical to being good.

There are more ways than one to achieve this kind of identity reduction.²⁹ In all cases, the result will be the identity of moral properties with complexes of acceptable natural properties. This kind of naturalism may not look very satisfying, and it is not the sort of naturalism most commonly proposed by naturalistic moral realists,³⁰ who typically seek to identify moral properties with certain specific natural properties. There is nothing inconsistent about doing things in the way I have adumbrated here and at the same time thinking that a moral property is identical to a natural property or to some relatively small conjunction of natural properties. Supposing that good was identical to pleasurable, then all the good events would be pleasurable events in circumstances suitable for moral evaluation.

Unlike the worrying morons that might be feared to populate our universe, the kinds of properties suggested here are ontologically harmless. They do little violence to a thoroughly naturalistic, and possibly a thoroughly physicalistic, ontology.³¹ To see why, it will help to begin by thinking about how the question of naturalism in metaethics differs from some other prominent disputes about naturalism elsewhere in the philosophical literature. On reflection, it is perhaps no surprise that moral properties may be thought of as inoffensively naturalistic; the ontological demands of morality are light in comparison with those in areas such as mind and mathematics.

²⁹ Moral properties may be able to satisfy the conditions for identity reduction, for example, set out in Chalmers and Jackson (2001).

³⁰ See Railton (1986) and Smart (1961). Jackson (1998) elaborates some advantages of this view. Streumer (forthcoming) defends this style of naturalism from a number of possible objections.

³¹ At least the version of physicalism which requires a property's extension to contain only those objects that are either posited by our best present or future physics and complex objects (e. g. ordinary objects like tables and chairs) composed thereof. For some discussion see Heller (1990), Hirsch (2005) and Unger (1979).

First consider mind. Traditional debates about non-naturalism in the philosophy of mind concern a kind of substance dualism. Cartesian accounts of mind, which hold that there is a separate mental substance commonly identified with souls, worry naturalistically inclined philosophers. The spectre of supernaturalism looms large in at least the historical debate about the mind/body problem. Substance dualism posits the existence of entities which are not countenanced by the sciences that naturalists or physicalists view as respectable arbiters of our ontology. For a Cartesian dualist, the property of being a conscious state would have in its extension souls or disembodied minds. Philosophers who accept naturalism outright or at least take it to be the default ontological view must regard Cartesian dualism as an ontological non-starter.

Moral realists of most stripes are not in the substance dualism business.³² Consider the archetypical non-naturalist realist, Moore. He thought that the main objects of moral evaluation were states of affairs, and that those were entirely natural. Thus, while he would have denied the identity of good with any natural property, he would have accepted that the extension of good was entirely natural. There is no spectre of supernaturalism looming even in a moral non-naturalist's ontology.

Turning to maths, a certain kind of strong Platonism about numbers holds that numbers are real objects.³³ They are of course non-physical. We can treat this kind of number as a real abstractum. On this kind of Platonism, various mathematical properties have real abstracta in their extensions. The property of being the first successor integer to zero has in its extension the real abstractum one. Although numbers and other mathematical objects are made use of by the ontologically privileged sciences, they are not posited by such sciences and on many versions of natural-

³² Divine command theorists are an exception.

³³ For a wide ranging discussion of Platonism in mathematics, see Balaguer (1998).

ism and physicalism fall outside the realm of real objects. Platonism about numbers is not consistent with these forms of naturalism or physicalism.

Moral properties do not, or at least need not, have real abstracta in their extensions, not even for non-naturalists like Moore. In this sense, moral realism looks consistent with a number of forms of ontological naturalism and ontological physicalism.

Unlike mind and mathematics, in which substances and non-natural objects figure prominently, the general question about naturalism in metaethics is solely a question about properties. Whether moral properties can be thought of as interestingly non-natural depends on what properties turn out to be. It is easier to see why this is so by returning to the thesis of the global supervenience of the moral on the natural.

Global supervenience, combined with the assumption that abstracta are not bearers of moral properties, has the important implication that the extension of a moral property is natural. If properties are treated as functions from worlds to extensions, an intuitive way to divide up the natural properties from the non-natural ones is by looking at the contents of their extensions. Any property, the extension of which is entirely natural, will be counted as natural. Any property, the extension of which contains non-natural items (like numbers, souls, etc.), will be counted as non-natural. This intuitive view shares a close affinity with one variety of physicalism, which holds that a property counts as physical just in case its truth conditions can be given (in principle) in the language of physics. The truth conditions for moral properties can be given as large disjunctive natural properties.³⁴

Looking at things in this way, it becomes more difficult to understand why Mackie's argument from queerness has

³⁴ Of course, one needs to be careful about the sense of 'can' invoked here. The truth conditions might be impossible for an individual to enumerate for reasons of time and ignorance, but it is not this sense of 'can' in which we are interested.

seemed so forceful. It seems to me that the argument from queerness has the most force if one subscribes to a metaphysics with strongly reified properties. Although Mackie himself does not speak of moral particles attaching themselves to certain actions or state of affairs, Dworkin's morons illustrate nicely the degree to which the argument from queerness needs an ontologically weighty view of properties to gain any traction at all.

Perhaps the most charitable way to understand the ontological argument from queerness is to think that it picks up on what is supposed to be distinctively normative about normative properties, as brought out by the open question argument. The failure to close the question—*x is F, but is it good?*—might be taken to pick up on some supposed feature of certain events or states of affairs that cannot be captured naturalistically. One way of putting this point is that moral properties cannot be reduced to or explained by properties like having a mass, a velocity, a spin, a quantity of energy, etc.

The direct failure to close the question about good is unlikely to tell against the large disjunction variety of reductive naturalism. There are two reasons for this. The first reason is that the naturalistic disjunctive predicate is likely to be too long to be uttered. This explanation is particularly friendly to Moore's substantial views about good. Being a holist, he would not have thought it likely that the extension of good was anything so simple as pleasure. Moorean extensions would be unutterably massive. The open question argument is consistent with the real definition of good's being very long, in addition to its being consistent with good's having no real definition. The second reason is that the open question argument may be reflecting only what we can know *a priori*. It can be understood as testing our concepts, rather than informing us about property identity (since the two can come apart). This response, at least partly driven by the developments in Saul Kripke's *Naming and Necessity*, seems persuasive to me.

One might have the closely related worry that a naturalistic property will lack what is most important in the normative property to which it is putatively identical: namely, the normativity. The thought is that it is hard to see what could make any natural property be guiding. About this point, two observations are in order.

The first observation is that the losing the normativity objection is an objection that is driven in part by the view normative judgement internalism. Normative judgement internalism is the view that when one judges that *p* is good, one (on that basis) has a disposition to act in accordance with that judgement. Because normative judgement internalism is a view about judgement, what is important is that it is part of the concept of being good, or of something's being a reason, or of something's being wrong, etc., that it disposes one to act in the appropriate ways. The reasons we have for thinking that normative properties are normative in this sense would be consistent with its being the concepts that are inherently normative. It is difficult for me to see what is gained by insisting that good has the special property of being normative, as long as the concept of good is normative. I shall return to this point in the next section.

The second observation is that on an extensionalist account of properties, even second-order properties, like being normative in the sense used by the objection, will have natural extensions. Second order properties will have as their extensions sets of other extensions. So, even normativity in this sense will come out as natural. The same holds for magnetism, *mutatis mutandis*. I make this second observation in part to highlight the way in which it is a particular conception of properties, one that is not only realist, but extremely robust, that would be required to give the argument from queerness and related worries much bite. If one is not antecedently committed to such a robust view about properties, then the queerness objection may not have much force. The queer features of moral properties may not be

there at all, and if they are, they, too, turn out only to have natural objects within their extensions.

IV. REFOCUSING ON CONCEPTS

The temptation to imbue normative properties in general and moral properties in particular with special features of attraction and guidance may be the result of an unwarranted move from normative and moral concepts to normative and moral properties. If this is the case, then I believe that it is possible to reconcile many of Dworkin's trenchant observations about metaethical theorising in *JFH* with a more traditional view about metaethics. In this section I shall explain why this may be so. In the next and final section of this paper, I shall explain why Dworkin's challenge should be taken seriously by all metaethicists.

There is a plausible case to be made for the view that properties are co-intensional, but that concepts are hyper-intensional; that is, properties are unique up to necessary co-extension, whereas concepts are individuated more finely than their extensions. There are a number of motivations for thinking that concepts may be more finely individuated than properties. I wish to discuss just one of these motivations, and only in a sketchy manner. I think doing so will suffice for my purposes in this paper, but needless to say, this is only a consideration and not an argument.

Concepts play an important role in our thought and in our epistemology. Those things that can be known, inferred, and discovered through *a priori* investigation are epistemically available to us in part because various concepts, if grasped, are sufficiently informative just in virtue of having been grasped to provide us with information absent further empirical investigation. Concepts play a central role in helping us to organise our knowledge and beliefs about the world. Evaluative and normative concepts play the important role of helping us organise actions and states

of affairs into the class of those that are to be sought out, avoided, respected, promoted, and so on.

Debates about, for example, normative judgement internalism³⁵ are sometimes used to show that moral properties must be guiding, or normative, in the senses discussed in the previous section. Recognising that an action is right (has the property of being right) is sometimes claimed to be inherently motivating. From this, Mackie and others like him draw the inference that moral properties should themselves have the special property of being attractive or having guiding force.

Judgements, however, are psychological states. Assuming for the moment cognitivism about moral judgements, they are doxastic states that play particular roles in an agent's practical and theoretical deliberation. I have no interest here in arguing about moral judgement internalism per se, but it seems quite reasonable to me to think that its correctness or incorrectness hinges on what kind of role thoughts involving normative concepts play in an agent's psychology, and perhaps her practical and theoretical reasoning in particular. The correctness of NJI neither directly depends on nor directly implies anything about the nature of moral properties.

Another way of bringing out the point that concepts, rather than properties, have special normative relevance is to observe that there does not seem to be anything wrong in principle with metaethical views that are cognitivist and anti-realist. John Skorupski's irrealist cognitivism and some of T. M. Scanlon's more recent work offers explanations of how normative thoughts and normative language can be truth functional and can play their distinctive roles in human thought without there being robust moral properties or robust moral facts.³⁶ Even if one does not endorse an

³⁵ Recall that normative judgement internalism is the view that judging that x is wrong in general motivates one to avoid doing x, whereas judging that x is right in general motivates one to do x.

³⁶ See Scanlon (2009) and Skorupski (1999).

irrealist moral metaphysics, one can take the point that the distinctively guiding and normative aspects of morality may have their home on the conceptual, rather than the metaphysical side.

If this is right, and if properties come cheaply, then one can take on board Dworkin's emphasis on understanding moral scepticism as an internal view without either denying the coherence of external scepticism or denying that moral claims have truth makers.

External scepticism remains coherent on the kind of metaphysical picture presented in the previous section, because there may be genuine moral properties or there may not be. Because moral properties come so cheaply and because they are not in tension with various plausible versions of naturalism and physicalism, it seems unlikely to me that any serious dispute about whether or not there are moral truths or falsehoods is likely to be settled by appealing to a non-gerrymandered metaphysics. Moral properties are fairly undemanding ontologically. While one could question aspects of the moral enterprise, including the truth-aptness of moral claims, by resort to external scepticism, it seems like an unpromising route of inquiry. This point is reinforced when one considers the role of truth in metaethics.

Truth is a property of beliefs and sentences, what I have loosely lumped together under the heading 'claims'. On Dworkin's own view in *JFH* and on other views,³⁷ truth makers are not required for truth-aptness. But, if there are real moral properties, then moral claims may well have truth makers. These truth makers are not epistemologically informative for the most part. The truth maker for the claim that *x* is wrong will just be that *x* is in the extension of the property of being wrong. Why it belongs in that extension or does not belong in that extension is a conceptual matter. Truth makers only determine that something has a particular truth value, not why it does.

³⁷ *Idem.*

V. CONCLUSION

Dworkin offers the following fictional conversation in *JFH*:

- A: Abortion is morally wicked: we always in all circumstances have a categorical reason to prevent and condemn it.
- B: On the contrary. In some circumstances abortion is morally required. Single teen-aged mothers with no resources have a categorical reason to abort.
- C: You are both wrong. Abortion is never either morally required or morally forbidden. No one has a categorical reason either to have or not to have an abortion. It is always permissible and never mandatory, like cutting your fingernails.
- D: You are all three wrong. Abortion is never either morally forbidden or morally required or morally permissible.

and comments:

...[D] might say, first, “Any proposition that assumes the existence of something that in fact does not exist is false. Or (as I sometimes think) neither true nor false. A, B and C are all assuming that moral duties exist. But no such thing exists, so none of them is making a true statement.” D has fallen victim to morons –or rather the lack of them. If there are morons, and morons make moral claims true or false, then we might imagine that morons, like quarks, have colors. An act is forbidden only if there are red morons in the neighborhood, required only if there are green ones, and permissible only if there are yellow ones. So D declares that, because there are no morons at all, abortion is neither forbidden, nor required nor permissible. His assumption that there are no morons, he insists, is not itself a moral claim. It is a claim of physics or metaphysics...³⁸

³⁸ Dworkin (2011), pp. 42-3.

These passages strike at the heart of what Dworkin finds odd about external scepticism. D's answer, understood as an externally sceptical one, seems to singularly fail to address the question. Dworkin is right to criticise D, but I think we can understand D's mistake in a way slightly different to how Dworkin does.

D is free to claim, as he is in essence doing, that the entire conversation rests on a mistake. To say that abortion has any moral error at all is to accept wrongly that there are properties of moral error. It is true that the other conversants make this assumption, but so much the worse for them. One could make the conversation about whether abortion was permitted, forbidden, or required by fairies. One might reasonably reply 'None of the above, because there are no fairies'.

What is unsatisfactory about D's reply, as Dworkin suggests, is that he attempts to give a metaphysical answer. The truth-aptness of the various moral claims about abortion may or may not rest on whether there are genuine moral properties. This renders the response somewhat less impressive than it would be if there were a clear route from anti-realism to the view that moral claims are not truth-apt. Because moral properties, at least on some reasonable views about properties, come cheaply, the metaphysical reply is only of interest if the demanding kind of picture of properties that Dworkin imputes to Mackie (an imputation with which I have some sympathy) is correct. In short, it seems unlikely that metaphysics will get us much of a grip on first order moral questions by casting doubt on the very sensibility of those questions.

Does that lead us as far as Dworkin would like us to go, to conclude that therefore moral scepticism must be internal? I think that it does not go quite that far, but it does suggest that the real action is at the level of concepts. External scepticism about morality fails to get at the interesting questions of whether we can have coherent concepts of good and bad, right and wrong, and if so, are they relative

or absolute, and so on. In fact, it is these questions that Dworkin himself engages with directly. We can ask questions that are not strictly first order moral questions. The most interesting ones will be about concepts. Metaethicists who are not prepared to accept as revisionary a programme as Dworkin offers should still take the lesson from him that we should be thinking about moral concepts first and foremost and that worrying about metaphysics is unlikely to help us with answering moral questions, either metaethical or first order. Traditional metaethics can take on board much of what concerns Dworkin. His work in *Justice for Hedgehogs* helps improve metaethics for everyone.

VI. REFERENCES

- AYER, A. J., *Language, Truth, and Logic*, 2nd. ed., London, Gollancz, 1946.
- BALL, S., "Reductionism in Ethics and Science: A Contemporary Look at G.E. Moore's Open-Question Argument", *American Philosophical Quarterly*, vol. 25, 1988, 197-213.
- BALAGUER, Mark, 1998, *Platonism and Anti-Platonism in Mathematics*, Oxford, Oxford University Press, 1988.
- BLACKBURN, S., *Spreading the Word*, Oxford, Oxford University Press, 1984.
- BOYD, R., "How to Be a Moral Realist", in SAYRE-MCCORD, G. (ed.), *Essays on Moral Realism*, Ithaca, Cornell University Press, 1988, 181-228.
- CHALMERS, D. y JACKSON, F., "Conceptual Analysis and Reductive Explanation", *Philosophical Review*, vol. 110, 2001, 315-361.
- DWORKIN, R., *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 2011.

- HELLER, M., *The Ontology of Physical Objects: Four-Dimensional Hunks of Matter*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.
- HIRSCH, E., "Physical-Object Ontology, Verbal Disputes, and Common Sense", *Philosophy and Phenomenological Research*, vol. 70, 2005, 67–97.
- JACKSON, F., *From Metaphysics to Ethics: A Defence of Conceptual Analysis*, United States of America, Oxford University Press, 2000.
- MACKIE, J. L., "A Refutation of Morals", *Australasian Journal of Philosophy*, vol. 24, 1946, 77-90.
- , *Ethics: Inventing Right and Wrong*, London, Penguin Books, 1977.
- MCDOWELL, J., "Values and Secondary Qualities", in HONDERICH, T. (ed.) *Morality and Objectivity*, London, Routledge, 1985, 110-129.
- MOORE, G. E., *Principia Ethica*, Cambridge, Cambridge University Press, 1903.
- RAILTON, P., "Moral Realism", *Philosophical Review*, vol. 95, 1986, 163-207.
- SCANLON, T. M. "Being Realistic: Locke Lecture 2: Metaphysical Objections", online MS, www.law.nyu.edu/ecm_dlv4/...law.../ecm_pro_063552.pdf, 2009.
- SKORUPSKI, J., "Irrealist Cognitivism", *Ratio*, vol. 112, 1999, 436-459.
- SMART, J. J. C., *An Outline of a System of Utilitarian Ethics*, Melbourne, Melbourne University Press, 1961.
- SOAMES, S., *Philosophical Analysis in the Twentieth Century, Volume 1: The Dawn of Analysis*, Princeton, Princeton University Press, 2005.

ANDREW REISNER

STREUMER, B., "Are Normative Properties Descriptive Properties?", *Philosophical Studies* (forthcoming).

STEVENSON, C. L., "The Emotive Meaning of Ethical Terms", *Mind*, vol. 46, 1937, 14-31.

UNGER, P., "There Are no Ordinary Things", *Synthese*, vol. 41, 1979, 117-154.

RONALD DWORKIN'S JUSTICE FOR HEDGEHOGS
AND PARTNERSHIP CONCEPTION OF DEMOCRACY
(WITH A COMMENT TO JEREMY WALDRON'S
"A MAJORITY IN THE LIFEBOAT")

Imer B. FLORES*

Resumen:

En este artículo el autor se enfoca principalmente en la última parte de *Justice for Hedgehogs*, i.e. *Justicia para erizos*, de Ronald Dworkin y en su argumento a favor de la concepción asociativa o societaria de democracia. Para tal propósito, primero, recuerda algunas de las características centrales que Dworkin ha adelantado en obras anteriores, pero intrínsecamente relacionadas, acerca de moralidad política, igualdad y democracia; segundo, reevalúa los argumentos a favor de la concepción asociativa o societaria de democracia; tercero, reconsidera la resistencia producida por Jeremy Waldron en su "A Majority in the Lifeboat", i.e. "Una mayoría en el bote salvavidas", y la respuesta ofrecida por Dworkin, pero toda vez que puede parecer insuficiente, trata de presentar una respuesta alternativa —o complementaria— para responder al reto de Waldron; y, finalmente, insiste en la importancia de tomar a Ronald Dworkin seriamente.

Palabras clave:

Democracia, concepción mayoritaria, concepción societaria, gobierno, regla de la mayoría.

* Professor-Researcher, Instituto de Investigaciones Jurídicas (Legal Research Institute), UNAM. JD, Law School UNAM, LLM, Harvard Law School, and SJD, Law School UNAM. E.mail: imer@unam.mx.

IMER B. FLORES

Abstract:

In this article the author focuses mainly in the last part of Justice for Hedgehogs of Ronald Dworkin and in his argument for a partnership conception of democracy. For that purpose, first, he recalls some of the main features that Dworkin had advanced in previous but intrinsically related works, about political morality, equality and democracy; second, he reassess the arguments for a partnership conception of democracy; third, he reconsiders the resistance produced by Jeremy Waldron in his “A Majority in the Lifeboat” and the response provided by Dworkin, but since it may appear insufficient, he intends to present an alternative —or complementary— riposte in order to meet Waldron’s challenge; and, finally, he insists in the importance of taking Ronald Dworkin seriously.

Keywords:

Democracy, Majoritarian Conception, Partnership Conception, majority rule.

RONALD DWORKIN'S *JUSTICE FOR HEDGEHOGS*

The fox knows many things, but the hedgehog knows one big thing.

ARCHILOCHUS

Value is one big thing. The truth about living well and being good and what is wonderful is not only coherent but mutually supporting: what we think about any one of these must stand up, eventually, to any argument we find compelling about the rest.

Ronald DWORKIN

SUMMARY: I. *Introduction: Dworkin's Justice for Hedgehogs*. II. *Political Morality, Equality and Democracy*. III. *Dworkin's Partnership Conception of Democracy*. IV. *Comment to Jeremy Waldron's "A Majority in the Lifeboat"*. V. *Conclusion: Taking Ronald Dworkin Seriously*.

I. INTRODUCTION: DWORKIN'S *JUSTICE FOR HEDGEHOGS*

Taking Ronald Dworkin and his *Justice for Hedgehogs*¹ seriously implies taking "value seriously".² This is the one big thing that Dworkin, *i.e.* the self-proclaimed hedgehog of our time, knows and is willing to defend from "several foxy causes", such as "value skepticism", "value pluralism" and "value conflict".³ On the contrary, by defending the large and old philosophical thesis of "the unity of value",⁴ he ar-

¹ *Vid.* Dworkin, Ronald, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2011. *Vid.* also "Symposium *Justice for Hedgehogs: A Conference on Ronald Dworkin's Forthcoming Book*", *Boston University Law Review*, Vol. 90, No. 2, April, 2010, pp. 465-1086.

² Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 1, p. 17.

³ *Ibid.*, pp. 7-11.

⁴ *Ibid.*, p. 1. I will like to suggest that the "unity of value" thesis in Dworkin's thought can be traced all the way back to the early publication of "The Model of

gues —as he has been arguing for more than forty years and to different extents— for the integration of “ethical and moral values”, “personal and political morality”, and “law and morality”.⁵

In the different parts of the book, Dworkin presents arguments: for truth about value and against various forms of skepticism (“Part I: Independence”);⁶ for conceptual interpretation and against collaborative or explanatory interpretation (“Part II: Interpretation”);⁷ for a morality of self-affir-

Rules I” in 1967 and has remained ever since throughout his works. There are at least two grounds for such claim: 1) the weight dimension of principles; and 2) the interconnection of principles. *Vid.* Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously, Taking Rights Seriously*, 2nd ed., Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1978. (Originally published: 1977.) (There is Spanish version: *Los derechos en serio*, trans. Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984.) *Ibid.*, pp. 26 and 41: “[principles] have a dimension that rules do not — the dimension of weight or importance” and “principles rather hang together than link together [as rules do]”.

⁵ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 1, pp. 1-19. On the integration of law and morality: *Vid.* Dworkin, Ronald, “Introduction: Law and Morals”, in *Justice in Robes*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2006, pp. 1-35. (There is Spanish version: *La justicia con toga*, trans. Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, Madrid, Marcial Pons, 2007.) *Ibid.*, pp. 34-35: “we might treat law not as separate from but as a department of morality. We understand political theory that way: as part of morality more generally understood but distinguished, with its own substance, because applicable to do distinct institutional structures. We might treat legal theory as a special part of political morality distinguished by a further refinement of institutional structures.”

⁶ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 1, pp. 21-96. It is worth to mention that “Part I: Independence” was labeled in the previous versions of the manuscript as “Part I: Objectivity” and as “Part I: Truth”. Both concepts are closely related to his previous work, *vid.* Dworkin, Ronald, “Objectivity and Truth: You’d Better Believe It”, *Philosophy & Public Affairs*, No. 25, 1996, pp. 87-139.” On objectivity and skepticism: *Vid.* also Dworkin, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986, pp. 171-174 and 175-177.

⁷ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 1, pp. 97-188. Dworkin’s “conceptual interpretation” can be traced all the way back to his “interpretive attitude” and “interpretive concepts”, which appear for first time in *Law’s Empire: Vid.* Dworkin, Ronald, *Law’s Empire*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1986, pp. 47 and 49. (There is Spanish version: *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, trans. Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 1992.) But which have their roots in *A Matter of Principle*, where he not only recharacterized “legal argument and analysis as interpretive in character” and “law as interpretation” but also referred to “interpretive arguments” and “interpretive judgments”: *Vid.* Dworkin, *A Matter of Principle*, *supra* note 6, pp. 3-4, 117-177, and 171.

mation and against a morality of self-abnegation, by developing accounts of the indispensable conditions of living well, such as (human) dignity that includes two principles: self-respect and authenticity,⁸ along as a defense of free will and responsibility,⁹ as well as for a substantive morality concerning duty, harm and obligation, including associative and political obligations (“Part III: Ethics” & “Part IV: Morality”);¹⁰ finally, for a partnership conception of democracy and against a majoritarian conception of democracy, by reviewing his arguments about political morality, including political, legal and human rights, and revising his interpretive conceptions of liberty, equality and democracy; and, last but certainly not least, by revisiting the relationship between law and morals (“Part V: Politics”).¹¹

In my commentary, I intend to focus mainly in the last part of *Justice for Hedgehogs* and in the core argument for a partnership conception of democracy. For that purpose, following this opening Section I, we will: recall, in Section II, some of the main features that Dworkin had advanced in previous but intrinsically related works, about political morality, equality and democracy; reassess, in Section III, his arguments for a partnership conception of democracy; reconsider, in Section IV, the resistance produced by Jeremy Waldron in his “A Majority in the Lifeboat” and the response provided by Dworkin, but since it may appear insuf-

⁸ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 1, pp. 189-218. The two principles were introduced early on: *vid. ibid.*, p. 2: “No government is legitimate unless it subscribes to two reigning principles. First, it must show equal concern for the fate of every person over whom it claims dominion. Second, it must respect fully the responsibility and right of each person to decide for himself how to make something valuable of his life.” And, defined later on: *vid. ibid.*, pp. 203-204: “The first is a principle of self-respect. Each person must take his own life seriously: he must accept that it is a matter of importance that his life be a successful performance rather than a wasted opportunity. The second is a principle of authenticity. Each person has a special, personal responsibility for identifying what counts as success in his own life; he has a personal responsibility to create that life through a coherent narrative or style that he himself endorses.”

⁹ *Ibid.*, pp. 219-252.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 189-252 & 253-324.

¹¹ *Ibid.*, pp. 325-423.

ficient we will try to present an alternative —or complementary— riposte in order to meet Waldron’s challenge; and, finally, in the closing Section V, we will insist in the importance of taking Ronald Dworkin seriously.

II. POLITICAL MORALITY, EQUALITY AND DEMOCRACY

Let me start this part by bringing to mind that more than three lustrums ago the book *Life’s Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*¹² was available; two lustrums ago, the book *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality* was in print;¹³ and one lustrum ago, the Scribner Lectures at Princeton University were delivered and, one year later, published in a book titled *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*;¹⁴ and, finally, his long awaited and already world famous *Justice for Hedgehogs* is due to appear early in 2011. This information is relevant, since Dworkin at the beginning of “Part V: Politics”, the last but certainly not the least of equally important parts of his forthcoming book, advances that since “I have written a good deal about political morality, particularly in my books *Life’s Dominion*, *Sovereign Virtue*, and *Is Democracy Possible Here?*... I ask readers

¹² Vid. Dworkin, Ronald, *Life’s Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*, New York, Alfred A. Knopf, 1993. (There is another edition: New York, Vintage Books, 1994.) (There is Spanish version: *El Dominio de la Vida. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, trans. Ricardo Caracciolo & Victor Ferreres, Barcelona, Ariel, 1998.)

¹³ Vid. Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2010. (There is Spanish version: *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, trans. Fernando Aguiar González & María Julia Bertomeu, Madrid, Paidós, 2003; and a book review of mine: Flores, Imer B., “Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*”, in *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 3, julio-diciembre 2000, pp. 283-291.)

¹⁴ Dworkin, Ronald, *Is Democracy Possible Here? Principles for a New Political Debate*, Princeton, Princeton University Press, 2006. (There is Spanish version: *La democracia posible. Principios para un nuevo debate político*, trans. Ernest Weikert García, Barcelona, Paidós, 2008.)

to treat those books as incorporated into this one by reference".¹⁵

On the one hand, Dworkin advances in the first three chapters of *Sovereign Virtue* the "idea of equality" beginning in a principle, *i.e.* "the abstract egalitarian principle", which "stipulates that government must act to make the lives of citizens better, and must act with equal concern for the life of each member."¹⁶ In Chapter 4 "Political Equality" he explores the relationship between democracy and equality, by addressing the question: "What form of democracy is most appropriate to an egalitarian society?"¹⁷ For that purpose, he introduces a crucial distinction between two different approaches:¹⁸

The first approach offers... a *dependent* interpretation or conception of democracy, because it supposes that the best form of democracy is whatever form is most likely to produce the substantive decisions and results that treat all members of the community with equal concern. On that view, the main features of a democracy —near-universal suffrage, free speech, and the rest— are justified because a community in which the vote is widely held and speech is free is more likely to distribute material resources and other opportunities and values in an egalitarian way. So it recommends, when controversial cases arise about the best detailed form of democracy, that a consequentialist test be used: Which decision of these controversial issues seems most conducive to advancing or protecting these substantive egalitarian goals? The second approach produces... a *detached* interpretation or conception of democracy. It insists that we judge the fairness or democratic character of a political process by looking to features of that process alone, asking only whether it distributes political power in an equal way, not

¹⁵ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 1, p. 328. Since in this section I am interested in the relationship between democracy, equality and political morality, in my remarks I will focus only in the last two books.

¹⁶ Dworkin, *Sovereign Virtue*, *supra* note 13, p. 184.

¹⁷ *Ibid.*, p. 185.

¹⁸ *Ibid.*, p. 186.

what results it promises to produce... So it argues that freedom of speech, as well as widespread suffrage, helps to make political power more equal. And it argues, when controversial questions of detail arise about our political process, that these should be resolved by asking which decision is best calculated to improve equality of political power still further.

The former “supplies an input test: democracy is essentially a matter of equal distribution of power over political decisions” and the latter “supplies an output test: democracy is essentially a set of devices for producing results of the right sort.”¹⁹ In spite of the popularity of the detached conception, Dworkin argues that it cannot be successful in a pure form and outlines a pure dependent conception, which provides the most attractive choice. He later proceeds to illustrate and to test that conception by considering the important political controversy: “is judicial review undemocratic?”²⁰ In a few words, judicial review does not damage the participatory values of democracy, including the agency goals by allowing “people to participate not merely as voters but as moral agents”²¹ and concludes:²²

On the contrary, it guards those goals, [*i.e.* agency goals,] by giving special protection to freedom of speech and to the other liberties that nourish moral agency in politics. It does more: it provides a forum of politics in which citizens may participate, argumentatively, if they wish, and therefore in a manner more directly connected to their moral lives than voting almost ever is. In this forum, moreover, the leverage of the minorities who have the most negligible leverage in ordinary politics is vastly improved.

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Ibid.*, p. 190.

²¹ *Ibid.*, p. 187.

²² *Ibid.*, p. 209.

Furthermore, in Chapter 10 “Free Speech, Politics, and the Dimensions of Democracy” he recalls that “Democracy... means government by the people” but it can be understood in two radically different ways: On one side, for the “majoritarian conception” it “means government by the largest number of the people. On this majoritarian view, the democratic ideal lies in a match between political decision and the will of the majority or plurality of opinion.”²³ On the other, for the “partnership conception” it “means government by *all* the people, acting together as full and equal partners in a collective enterprise of self-government.”²⁴

²³ *Ibid.*, p. 357.

²⁴ *Ibid.*, p. 358. Ronald Dworkin originally characterized the “partnership conception” as “constitutional conception”. *Cfr.* Ronald Dworkin, “Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise”, *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996, pp. 1-38. (There is Spanish version: “La lectura moral y la premisa mayoritaria”, trans. Imer B. Flores, in *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 7, julio-diciembre, 2002, pp. 3-52.) *Ibid.*, p. 17 (p. 25): “If we reject the majoritarian premise, we need a different, better account of the value and point of democracy... which I call the constitutional conception of democracy...It denies that it is a defining goal of democracy that collective decisions always or normally be those that a majority or plurality of citizens would favor if fully informed and rational. It takes the defining aim of democracy to be a different one: that collective decisions be made by political institutions whose structure, composition, and practices treat all members of the community, as individuals, with equal concern and respect. This alternate account of the aim of democracy, it is true, demands much the same structure of government as the majoritarian premise does. It requires that day-to-day political decisions be made by officials who have been chosen in popular elections. But the constitutional conception requires these majoritarian procedures out of a concern for the equal status of citizens, and not out of any commitment to the goals of majority rule. So it offers no reason why some nonmajoritarian procedure should not be employed on special occasions when this would better protect or enhance the equal status that it declares to be the essence of democracy, and it does not accept that these exceptions are a cause of moral regret. / The constitutional conception of democracy, in short, takes the following attitude to majoritarian government. Democracy means government subject to conditions... of equal status for all citizens. When majoritarian institutions provide and respect the democratic conditions, then the verdicts of these institutions should be accepted by everyone for that reason. But when they do not, or when their provision or respect is defective, there can be no objection, in the name of democracy, to other procedures that protect and respect them better.”

Dworkin notes one fundamental and relevant difference between the majoritarian and partnership conceptions of democracy:²⁵

Citizens play two main roles in a mature democracy. They are, first, the judges of political contests whose verdicts, expressed in formal elections or in referenda or other forms of direct legislation, are normally decisive... Citizens are also, however, participants in the political contests they judge: they are candidates and supporters whose actions help, in different ways, to shape public opinion and to fix how the rest of the citizens vote. The majoritarian conception of democracy pays exclusive attention to the first of these roles... The partnership conception recognizes both roles, because it supposes that in a true democracy citizens must play a part, as equal partners in a collective enterprise, in shaping as well as constituting the public's opinion.

On the other hand, Dworkin begins *Is Democracy Possible Here?* by acknowledging an increasing polarization between the two dominant cultures in the United States of America, whom disagree about almost everything including the scope of their disagreements: "American politics are in an appalling state. We disagree, fiercely, about almost everything. We disagree about terror and security, social justice, religion in politics, who is fit to be a judge, and what democracy is. There are not civil disagreements: each side has no respect for the other. We are no longer partners in self-government; our politics are rather a form of war."²⁶

And even by adding up the implications of considering the other as a form of enemy and this as a kind of war:²⁷

If the two-cultures view is right, the lack of argument in American politics is understandable and inevitable. The split between the two cultures would be an unbridgeable gulf sep-

²⁵ Dworkin, *Sovereign Virtue*, *supra* note 13, p. 358.

²⁶ Dworkin, *Is Democracy Possible Here?...*, *supra* note 14, p. 1.

²⁷ *Ibid.*, p. 6.

arating the comprehensive and wholly clashing worldviews of two Americas. If that is so —if the division between the two cultures is not just deep but bottomless— then there is no common ground to be found and no genuine argument to be had. Politics can only be the kind of war it has become. Many students of our politics think that that is our situation, and they may be right. But that would be alarming and tragic. Democracy can be healthy with no serious political argument if there is nevertheless a broad consensus about what is to be done. It can be healthy even if there is no consensus if it does have a culture of argument. But it cannot remain healthy with deep and bitter divisions and no real argument, because it then becomes only a tyranny of numbers.

Is the depressing diagnosis right? Is there really no common ground to be found between the trenches of two hostile political armies? Is no real argument possible?

What's more, he advances his agenda: although he considers that the diagnosis is chiefly right, it is still possible to reconcile the two hostile political armies and to have a real argument, if they can commit to find some shared principles. In Dworkin's voice:²⁸

I shall argue... that in spite of the popular opinion I just described, we actually can find shared principles of sufficient substance to make a national political debate possible and profitable. These are very abstract, indeed philosophical, principles about the value and the central responsibilities of a human life. I suppose not that every American would immediately accept these principles, but that enough Americans on both sides of the supposedly unbridgeable divide would accept them if they took sufficient care to understand them.

Additionally, by accentuating that in his alternative, instead of considering useless to debate, it is necessary to re-

²⁸ *Ibid.*, pp. 6-7.

invigorate the argumentative dimension of politics and as a consequence it is useful to deliberate and discuss:²⁹

Most people on each side of the division now seem persuaded that it is useless to try to argue with or even to understand the other side... I hope to persuade enough people that this popular opinion is wrong—that it is profitable to study our most heated political controversies at a more philosophical level—to help begin a process that might later reinvigorate the argumentative dimension of our politics.

III. DWORKIN'S PARTNERSHIP CONCEPTION OF DEMOCRACY

In order to review Dworkin's *Justice for Hedgehogs* and his take on democracy, partnership and majority rule, it is necessary, briefly, to revisit: first, the concept of democracy; second, the two conceptions of democracy; third, the four characterizations of polarization and contrast them to the previous two conceptions of democracy; and, fourth, the partnership conception of democracy itself.

1. *The Concept of Democracy*

According to its etymology—*demos* (people) and *kratos* (government, power or rule)—‘democracy’ means “government, power or rule of the people”. It is *prima facie* a form of government in contraposition to other forms of government. The classical typology includes not only three pure forms: 1) “autocracy” (better known as “monarchy”) as the government of *one*—*i.e.* the monarch; 2) “aristocracy” as the government of *few*—*i.e.* the “best-ones”; and 3) “democracy” as the government of *all*—*i.e.* the people.³⁰ But also three im-

²⁹ *Ibid.*, p. 8.

³⁰ Hans Kelsen did criticize the traditional classification and its trichotomy, and distinguished between two types of constitutions: democracy and autocracy. *Vid.* Kelsen, *General Theory of Law and State*, trans. Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1945, p. 284: “Democracy means that the «will» which is represented in the legal order of the State is identical with the

pure or corrupt forms: 1) “tyranny” as the government of *one* —*i.e.* the tyrant; 2) “oligarchy” as the government of *few* —*i.e.* the “better-off” or rich; and 3) “demagogy” as the government of *many* (on behalf of all) —*i.e.* the “worse-off” or poor (also characterized as the mob).

It is worth to note that Aristotle considered “democracy” pejoratively, an equivalent to the term “demagogy”, as one vicious extreme in contraposition to “oligarchy” as the other vicious extreme, whereas his *politeia* was the virtuous middle term by comprising the government of the middle class and as such of both the poor and the rich, *i.e.* of both the many and the few.³¹ Let me explain that I will reserve “demagogy” for the impure or corrupt form and “democracy” for the pure or true one and will assume that the latter is the government of *all* the people: not only of both the poor and the rich but also of both the many and the few (or alternatively of both the majority and the minority).

The problem is that for some authors “democracy” seems to be reduced to the government of the *many* or of the *majority* in detriment of the *few* or of the *minority*, a so-called “majoritarian conception of democracy”. On the contrary, an authentic or true “democracy” and democratic government must be neither of poor or rich, nor of many or few, nor of majority or minority, but of all: both of poor and rich, both of many and few, both of majority and minority, what Dworkin labels as “partnership conception of democracy”.³²

So far the notion of “democracy” as a form of government and the typology has served to emphasize the ownership—or partnership—“of” the political or sovereign power, depending on whether it corresponds to one, few, many, or all. Nevertheless, the exercise of this political or sovereign (legitimate) power not only must be done directly and indi-

wills of the subjects. Its opposite is the bondage of autocracy. There the subjects are excluded from the creation of the legal order, and harmony between the order and their wills is in no way guaranteed.”

³¹ Aristotle, *The Politics*, New York, Cambridge University Press, 1988, IV, 11, 1295b, pp. 97-98.

³² *Vid. supra* note 24.

rectly “by” its (legitimate) owners —or partners— and their (legitimate) representatives, but also must be done “for” them and their (legitimate) benefit, not in their (illegitimate) detriment. The three ideas already sketched can be put together into an integral definition of democracy, such as the one embodied in Abraham Lincoln’s maxim and in the Fifth French Republic’s motto: “government *of* the people, *by* the people, and *for* the people”.³³

In that sense, an authentic or true “democracy” must be the government of, by and for all the people: poor and rich, many and few... men and women, heterosexuals and homosexuals, believers and non-believers... majority and minority, and so on. Hence, “democracy” is “government *of* all the people, *by* all the people —directly on their own (“direct democracy”) or indirectly through their representatives (“representative democracy”)— and *for* all the people”.³⁴

³³ Vid. Lincoln, Abraham, “The Gettysburg Address, November 19, 1863, in *Lincoln on Democracy*, New York, Harper Collins, 1990, p. 308: “government of the people, by the people, for the people”. (The emphasis is added.) Vid. also Article 2 (6) of the French Fifth Republic Constitution: “Its principle is government of the people, by the people and for the people.” (The emphasis is added.) Cfr. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 1, p. 379 (warning that in democracy talk: “We are soon knee-deep in slogans. Only democracy can provide dignity. Government must be of the people, by the people and for the people. The people must govern themselves. Each citizen must be offered an equal and meaningful role. One person must have one vote and no one more than one vote...”).

³⁴ Vid. Flores, Imer B., “Heráclito *vis-à-vis* Parménides: Cambio y permanencia como la principal función del derecho en una democracia incipiente”, in Luis J. Molina Piñero, J. Fernando Ojesto Martínez P. and Fernando Serrano Migallón (eds.), *Funciones del derecho en las democracias incipientes. El caso de México*, México, Porrúa and Facultad de Derecho, UNAM, 2005, pp. 154-157; “Actores, procesos e instituciones democráticas: Hacia una verdadera democracia en México”, in Luis J. Molina Piñero, Fernando Serrano Migallón and José Fernando Ojesto Martínez Porcayo (eds.), *Instituciones, Actores y Procesos Democráticos en México 2007*, México, Porrúa and Facultad de Derecho, UNAM, 2008, pp. 314-319; “¿Es posible la democracia en México?”, in Luis J. Molina Piñero, José Fernando Ojesto Martínez Porcayo, y Ruperto Patiño Manffer (eds.), *¿Polarización en las expectativas democráticas de México 2008-2009? Presidencialismo, Congreso de la Unión, órganos electorales, pluripartidismo y liderazgo*, México, Porrúa, Facultad de Derecho-UNAM, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”-Universidad Carlos III de Madrid y COPUEX, 2009, pp. 471-495; “Sobre los triunfos del proceso democratizador en México: A propósito del movimiento ‘nulacionista y del voto nulo’”, in Luis J. Molina Piñero, José Fernando Ojesto Martínez Porcayo, y Ruperto Patiño Manffer (eds.), *Balance en el proceso*

2. *Two Conceptions of Democracy*

However, since the concept of democracy is an interpretive and much contested one,³⁵ there are at least two competing and conflicting conceptions of democracy, *i.e.* the *majoritarian* and the *partnership*, which attempt to answer the question: “Who are the people?” As far as I know this distinction can be traced all the way back to John Stuart Mill, who –almost one-hundred and fifty years ago— in his *Considerations on Representative Government*, in 1861, under the epigraph “Of True and False Democracy: Representation of All, and Representation of the Majority Only”, indicated:³⁶

Two very different ideas are usually confounded under the name democracy. The pure idea of democracy, according to its definition, is the government of the whole people by the whole people, equally represented. Democracy as commonly conceived and hitherto practiced is the government of the whole people by a mere majority of the people, exclusively represented. The former is synonymous with the equality of all citizens; the latter, strangely confounded with it, is a government of privilege, in favor of the numerical majority, who alone possess practically any voice in the State. This is the inevitable consequence of the manner in which the votes are now taken, to the complete disfranchisement of minorities.

democratizador de México 1988-2009, México, Porrúa, Facultad de Derecho-UNAM, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”-Universidad Carlos III de Madrid y COPUEX, 2009, pp. 744-764; and “Democracia y polarización: ¿(in)compatibilidad?”, in Luis T. Díaz Müller (ed.), *V Jornadas: Crisis y derechos humanos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2010, pp. 97-116.

³⁵ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 1, p. 379.

³⁶ Stuart Mill, John, *Considerations on Representative Government*, Indianapolis, The Liberal Arts Press, 1958, pp. 102-103. (There is Spanish version: *Consideraciones sobre el gobierno representativo*, trans. Antonio Guzmán Balboa, México, Herrero Hermanos, 1966, pp. 120-121).

In Dworkin's perspective, at the present time, the two competing conceptions of democracy not only coexist but also are still in conflict:³⁷

The two views of democracy that are in contest are these. According to the *majoritarian* view, democracy is government by majority will, that is, in accordance with the will of the greatest number of people, expressed in elections with universal or near universal suffrage. There is no guarantee that a majority will decide fairly; its decisions may be unfair to minorities whose interests the majority systematically ignores. If so, then the democracy is unjust but no less democratic for that reason. According to the rival *partnership* view of democracy, however, democracy means that the people govern themselves each as a full partner in a collective political enterprise so that a majority's decisions are democratic only when certain further conditions are met that protect the status and interests of each citizen as a full partner in that enterprise. On the partnership view, a community that steadily ignores the interests of some minority or other group is just for that reason not democratic even though it elects officials by impeccably majoritarian means. This is only a very sketchy account of the partnership conception, however. If we find the more familiar majoritarian conception unsatisfactory, we shall have to develop the partnership view in more detail.

Actually, as he acknowledges, the United States of America is neither a pure example of the majoritarian conception of democracy nor of the non-majoritarian (or partnership) one. Although the bipartisan system and the majority principle reinforce the former, since the founding fathers lim-

³⁷ Dworkin, *Is Democracy Possible Here?...*, *supra* note 14, p. 131. *Vid.* Waluchow, W. J., *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 106-109. *Vid.* also Flores, Imer B., "The Living Tree: Fixity and Flexibility. A General Theory of (Judicial Review in a) Constitutional Democracy?", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, No. 2, 2008, pp. 285-305; and Flores, Imer B., "The Living Tree Constitutionalism: Fixity and Flexibility", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, No. 3, 2009, pp. 37-74.

ited the power of the majorities in various forms, by including anti-majoritarian devices, which were latter reinforced by other institutions, such as the filibuster and the judicial review (of the constitutionality) of the acts of the other (elected) branches of government, it can be said that they also supported the latter.³⁸

On one side, a minority of either thirty-four or forty-one (out of the one-hundred senators) can block the majority of bringing a decision to a final vote, depending on whether it is a substantive or procedural issue. And, on the other, the power of the political majorities is limited by the recognition of individual constitutional rights that legislative majorities cannot infringe and much less step over. Aside, Dworkin alerts that the degraded state of the public debate endangers the partnership conception of democracy and strengthens the majoritarian one, including viewing the other as an enemy and politics as a war:³⁹

If we aim to be a partnership democracy... the degraded state of our political argument does count as a serious defect in our democracy because mutual attention and respect are the essence of partnership. We do not treat someone with whom we disagree as a partner—we treat him as an enemy or at best as an obstacle—when we make no effort either to understand the force of his contrary views or to develop our own opinions in a way that makes them responsive to his. The partnership model so described seems unattainable now because it is difficult to see how Americans on rival sides of the supposed culture wars could come to treat each other with that mutual respect and attention.

³⁸ *Vid.* Dworkin, *Is Democracy Possible Here?...*, *supra* note 14, pp. 135 and 137. In fact, the existence of the Senate was designed to divide the most dangerous branch of government and to give stability to the government by protecting the minorities against a speedy and unreflected legislative majority in the House of Representatives.

³⁹ *Ibid.*, pp. 132-133.

3. *Four Characterizations of Polarization*

Since the term ‘polarization’ is ambiguous and as such considered either as an activity-process or product-result (of such activity-process) we must stipulate our use of them, accordingly we are going to reserve the verb ‘polarize’ to the activity-process and ‘polarization’ for the product-result. On one side, ‘polarize’ means to “cause division of opinion: to make the differences between groups or ideas ever more clear-cut and extreme, hardening the opposition between them, or become ever more clear-cut and extreme in this way.” On the other, ‘polarization’ means “concentration, as of groups, forces, or interests, about two conflicting or contrasting positions” and of which a rational conciliation seems highly or near to impossible (for example, between those for and against: abortion, death penalty, euthanasia, same-sex marriage, and so on). By the same token, the polarization describes the formation of antagonistic (social) classes or groups and its confrontation (*verbi gratia*: bourgeois-proletariat, capitalist-socialists, conservative-liberal, democrat-republican, left-right, moderate-radical, poor-rich, rural-urban, and so on).

Anyway, we can distinguish between two great options regarding polarization: (1) *exclusion* of one group by the other or (2) *inclusion* of one group by the other. Similarly, each option can be further divided into two theses: one strong and other weak. On one side, in case of exclusion: (A) the *strong* version is characterized by the elimination or suppression of the “different”, especially if “dissident”, which is considered as an “enemy”, *i.e. ethnic cleansing or mass deportation*, and may lead to an “authoritarian or totalitarian imposition-restoration”; and (B) the *weak* version is depicted by the division, excision, fragmentation, secession, or separation into two or more parts, which are not willing to cooperate, *i.e. balkanization* for short, and may lead to a “libertarian emancipation”. On the other, in case of inclusion: (C) the *strong* version is illustrated by the agi-

tation, convulsion, or tension between majorities-minorities and may lead to a “mayoritarian —or minoritarian— tyrannization”;⁴⁰ and (D) the *weak* version is portrayed by the deliberation, discussion, participation or representation of all partners and may lead to a (pure or true) “democratic association”.

From the preceding lines, it is possible to derive four different characterizations of ‘polarization’: two of which are openly incompatible with any conception of democracy —(A) and (B); and, two of which are presumably compatible with democracy: one with the *majoritarian conception* (C); and, other with the *partnership conception* (D). Since there is not much of democratic in (A) and (B), we will analyze only the two versions presumably compatible with democracy in the search for the one that is purely or truly so. In (C) polarization is recognized not only as the oppression of minorities by majorities but also as the opposition of minorities against majorities to the extent that it is coherent with the *majoritarian conception*. On the contrary, in (D) polarization is renowned as the association between both majorities and minorities to the extent that it is consistent with the *partnership conception*.

Nowadays, we tend to attribute to polarization a negative connotation, but democracy has not necessarily a positive one, keep in mind Winston Churchill’s speech where he characterized democracy as a “lesser evil” in the continuum: “Many forms of government have been tried, and will be tried in this world of sin and woe. No one pretends that democracy is perfect or all-wise. Indeed, it has been said that democracy is the worst form of government except all

⁴⁰ Elsewhere we have characterized these different situations as “majoritycracy”, *i.e.* “government of the majority”; and, as “minoritycracy” (*i.e.* “government of the minority”); and even as “partycracy”, *i.e.* “government of political parties”. *Vid.* Flores, “Heráclito *vis-à-vis* Parménides...”, *supra* note 34, p. 159; and Flores, “Actores, procesos e instituciones democráticas...”, *supra* note 34, pp. 338-339.

those other forms that have been tried from time to time”.⁴¹ Let me elucidate, I am trying to suggest that it may be the case that at least one form of polarization is a “lesser evil” for democracy than other tendencies, including those of “non-polarization”. Therefore, following Dworkin, I not only conceive polarization as an opportunity for democracy and not necessarily as the problem in itself but also perceive that the partnership conception of democracy is better suited than the majoritarian one to deal with polarization, since the former (D) by facing polarization ends up decreasing or reducing it, while the latter (C) either by avoiding or confronting polarization winds up increasing or even multiplying it, and what’s more —and worse— may lead to (A) and/or (B).⁴²

4. *The Partnership Conception of Democracy*

First and foremost, Dworkin is adamant in his critique of “a supposedly neutral account of democracy: democracy is government according to the will of the majority expressed in reasonably frequent elections with nearly full suffrage af-

⁴¹ *Vid.* Churchill, Winston, “Parliament Bill. Speech on the House of Commons, November 11, 1947”, in *The Oxford Dictionary of Quotations*, 3a ed., Oxford, Oxford University Press, 1979, p. 150.

⁴² To illustrate how the majoritarian conception may lead either to the elimination and suppression of the “different”, especially if “dissident”, which is considered as an “enemy”, or to the division, excision, fragmentation, secession, and separation into two or more parts, which are not willing to cooperate, I will like to point, following Linda C. McClain, to Muriel Barbery’s *The Elegance of the Hedgehog* best seller novel: *Vid.*, Barbery, Muriel, *The Elegance of the Hedgehog*, trans. Alison Henderson, New York, Europa Editions, 2008. (Original title and publication: *L’élégance du hérisson*, Paris, Gallimard, 2006.) *Vid.*, for example, on the one hand, *ibid.*, p. 84: “life is a permanent battle where you can only win by destroying the other guy... A world where there’s room for other people is a dangerous world.” And, on the other hand, *ibid.*, p. 32: “Politics... A toy for little rich kids that they won’t let anyone else play with.” I am grateful to Linda C. McClain not only for pointing out some of the parallelisms between Barbery’s and Dworkin’s books but also for recommending the novel to me. *Vid.* McClain, Linda, “Justice and Elegance for Hedgehogs —In Life, Law, and Literature”, in “Symposium...”, *supra* note 1, pp. 863-902.

ter political debate with free speech and a free press.”⁴³ Furthermore, he challenges whether: “Is democracy, understood as majority rule, something valuable in itself?” And even questions: “Why should the fact that numerically more people favor one course of action over another signal that the more favored policy is either fairer or better?”⁴⁴

To prove his point, *i.e.* majority rule is not intrinsically fair in all circumstances, Dworkin recognizes “We might say: when people locked in a joint enterprise disagree about what should be done, the only fair solution is to count heads. But that must be rejected as a universal default principle of fair play: it is not automatically true.”⁴⁵ For that purpose, he reintroduces a “hoary philosophical example”:⁴⁶

When a lifeboat is overcrowded and one passenger must go overboard to save the rest, majority vote would seem close to the worst method of choosing the victim. Personal attachments and antagonisms would play a role they should not play, and so a lottery would be much superior. Those attachments and antagonisms spoil politics as well, but on a much larger scale, and this makes the idea that majority vote is intrinsically or automatically fair in that context seem at least dubious.

And in slightly different terms:⁴⁷

⁴³ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 1, pp. 347-348.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 348.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Id.* Dworkin introduces the example in *Is Democracy Possible Here?...*, *supra* note 14, p. 139: “Suppose passengers are trapped in a lifeboat on the high seas that will sink unless one person—any person—jumps or is thrown overboard. How shall the group decide who is to be sacrificed? It seems perfectly fair to draw straws or in some other way to let fate decide. That gives each person the same chances of staying alive. Letting the group vote, however, seems a very bad idea because kinship, friendships, enmities, jealousies, and other forces that should not make a difference will then be decisive. We use lotteries to make some fateful political decisions as well. When we draft soldiers, we do not hold referendums on who should be drafted. We choose by lot. Perhaps we should make more use of chance in politics. The Athenians selected their leaders by lot, and it is not vividly clear that the quality of our legislators would decline if we chose them in the same way.”

⁴⁷ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 1, p. 387.

[W]hen a lifeboat is overcrowded and one passenger must be thrown over else all will die, it would not be fair to hold a vote so that the least popular among them would be drowned. It would be much fairer to draw lots.

Dworkin reinforces his point with a rhetorical question that is quite revealing: “But if democracy means majority rule, and majority rule is not something desirable in itself, then why should we care so much to protect our democracy?”⁴⁸ In a nutshell, his main claim is that majority rule—which is closely tied to democracy as its criteria—is not necessarily intrinsically fair or valuable,⁴⁹ but democracy is and must be. Accordingly, he rejects that democracy, as well as equality and liberty, are “criterial concepts that can be explicated through some neutral analysis that makes no assumption about their value or importance.” Instead, he intends “to show why it is so important to understand that these are interpretative concepts.”⁵⁰

In that sense, Dworkin embarks himself in the quest for “A Better Program” by reaffirming: “We do better when we accept that the familiar concepts of political virtue are interpretive concepts.”⁵¹ In addition, in *Is Democracy Possible Here?* he insisted that democracy cannot be reduced to a procedural ideal as the majoritarian conception purports but to a substantive one as the partnership conception proclaims:⁵²

The majoritarian conception purports to be purely procedural and therefore independent of other dimensions of political morality; it allows us to say, as I indicated, that a decision is democratic even if it is very unjust. But the partnership conception does not make democracy independent of the rest of political morality; on that conception we

⁴⁸ *Ibid.* p. 348.

⁴⁹ *Id.*: “intrinsically good about it”.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 345.

⁵¹ *Ibid.*, p. 349.

⁵² Dworkin, *Is Democracy Possible Here?...*, *supra* note 14, p. 134.

need a theory a theory of equal partnership to decide what is or is not a democratic decision, and we need to consult ideas about justice, equality, and liberty in order to construct such a theory. So on the partnership conception, democracy is a substantive, not a merely procedural, ideal.

Hence, he develops a substantive conception of community intertwined with democracy, equality and liberty:⁵³

In such a community, the distribution of political power must reflect both these principles: the structure and decisions of government must acknowledge both people's equal importance and their personal responsibility. A conception of democracy is a conception of how that challenge is best met through political structures and practices. Because we aim to interpret our two principles as mutually supporting, not conflicting, we must try to develop conceptions of equality, liberty, and democracy that support one another as well.

Since he has already developed the conception of equality as "equality of resources" and "equal concern" at length in *Sovereign Virtue*⁵⁴ and elsewhere, ever since the appearance of his book review of John Rawls' *A Theory of Justice* in 1973 and of *Taking Rights Seriously* in 1977,⁵⁵ we will proceed directly to his development of the conception of liberty, which is —and has been— present at the heart of his overall argument for equality as part of a "Trojan horse" strategy. Actually, in *Taking Rights Seriously*, he advanced:⁵⁶

The central concept of my argument will be the concept not of liberty but of equality. I presume that we all accept the fol-

⁵³ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 1, pp. 349-350. *Cfr.* Dworkin, Ronald, "Liberal Community", in *Sovereign Virtue*, *supra* note 13, pp. 211-236. (There is Spanish version: *La comunidad liberal*, trans. Claudia Montilla, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 1996).

⁵⁴ *Vid.* Dworkin, *Sovereign Virtue*, *supra* note 13, pp.1-3, 6-7, 12-14, 122-123, and 139-141.

⁵⁵ *Vid.* Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *supra* note 4, pp. 180-183 and pp. 272-278.

⁵⁶ *Ibid.*, pp. 272-273.

lowing postulates of political morality. Government must treat those whom it governs with concern, that is, as human beings who are capable of suffering and frustration, and with respect, that is, as human beings who are capable of forming and acting on intelligent conceptions of how their lives should be lived. Government must not only treat people with concern and respect, but with equal concern and respect. It must not distribute goods or opportunities unequally on the ground that some citizens are entitled to more because they are worthy of more concern. It must not constrain liberty on the ground that one citizen's conception of the good life of one group is nobler or superior to another's. These predicates taken together, state what might be called the liberal conception of equality; but it is a conception of equality, not of liberty as license...

In that sense, Dworkin recalls that liberty is an "interpretive concept" and that "there are not one but two interpretive concepts of liberty", which he traces to two essays making such claim: "Benjamin Constant's *The Liberty of the Ancients and the Liberty of the Moderns*, and Isaiah Berlin's *Two Concepts of Liberty*":⁵⁷

The argument they make in different ways seems plausible, and it has been very widely accepted among political philosophers and thoughtful lawyers... We must distinguish two very different questions. Both assume that government, at least of and by human beings, is inevitably coercive. The first asks: By whom —and with whom— should I be coerced? The second asks: How much should I be coerced?

A political theory calls for positive liberty if it insists, in response to the first question, that people must be permitted

⁵⁷ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 1, pp. 364-365. (Emphasis is original and footnote is omitted.) *Vid.* Constant, Benjamin, "De la liberté des anciens comparée à celle des modernes", in *Collection Complète des Ouwrages*, Paris, Béchét Libraire, 1820; and Berlin, Isaiah, "Two Concepts of Liberty", in *Four Essays on Liberty*, London, Oxford University Press, 1969, pp. 118-172. (Originally published: 1958.) *Vid.* also Flores, Imer B., "Los dos conceptos de libertad: ¿Competición o colaboración?", in Sergio Sarmiento (coord.), *Tercer Concurso de Ensayo "Caminos de la Libertad"*. *Memorias*, México, Grupo Salinas y Fundación Azteca, 2009, pp. 199-213.

to play a role in their own coercive governance: that government must in some sense or another be *self*-government. A theory calls for negative liberty if it insists, in response to the second question, that people must be free of coercive government over some substantial range of their decisions and activities. Both these ideas —of positive and negative liberty— are initially puzzling. How can coercive government by a group larger than a single person be self-government for everyone? If coercive government is legitimate at all, then how can we carve out some area of decision and activity that government has no right to regulate?

He later remembers that his second principle of dignity provides an answer to such questions: “People must be allowed responsibility for their own lives, and... that responsibility is compatible with governance by others only when certain conditions are met.” And such conditions are:⁵⁸

First, everyone must be permitted to participate in the right way in the collective decisions that make up his governance, and second, everyone must be left free from collective decision in matters that his personal responsibility demands he decide for himself. Because responsibility has those two dimensions, so does liberty. A theory of positive liberty stipulates what it means for people to participate in the right way. It offers, that is, a conception of self-government. A theory of negative liberty describes which choices must be exempt from collective decisions if personal responsibility is to be preserved.

In my opinion, Dworkin argues both for the compatibility between the two liberties and for the priority of the negative over the positive liberty. Accordingly, for him, in a democracy as a conception of self-government: (1) the people must be allowed personal responsibility for their own lives, and such responsibility is compatible with governance by others or political responsibility only when certain conditions are

⁵⁸ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 1, p. 365.

met; and (2) those conditions include certain choices that must be exempt from collective decision if personal responsibility is to be preserved and to be taken seriously.⁵⁹

IV. COMMENT TO JEREMY WALDRON'S "A MAJORITY IN THE LIFEBOAT"

In this section, we will reconsider not only the critical resistance produced by Waldron in his article "A Majority in the Lifeboat" to Dworkin's *Justice for Hedgehogs* and partnership conception of democracy but also the response provided by Dworkin himself. However, since it may appear insufficient we will try to present an alternative—or complementary—riposte in order to meet Waldron's challenge.

1. *Waldron's Resistance*

Jeremy Waldron—right from the start of his critical essay—affirms: "[Dworkin] is not a fan of the principle of majority-decision"⁶⁰ and "[H]e says he believes in democracy, but he is not enthusiastic about any version of democracy that is defined by the use of majority-decision."⁶¹ The question seems to be quite straight: How come? How can someone be committed to democracy and not be committed to

⁵⁹ This two-fold argument is necessary to respond to Waldron's challenge. *Vid. infra* note 95 (and accompanying text).

⁶⁰ Waldron, Jeremy, "A Majority in the Lifeboat", in "Symposium...", *supra* note 1, p. 1043. Additionally, Waldron advances in footnote 1: "I will not follow Dworkin in characterizing the relevant principle as «majority rule,» for reasons stated by Hannah Arendt: «Only where the majority, after the decision has been taken, proceeds to liquidate politically... the opposing minority, does the technical device of majority decision degenerate into majority rule.»" *Id.*, footnote 1 (the reference is omitted).

My gut feeling is that Dworkin's use of the expression "majority rule" is not limited to such characterization of a corrupt, degenerated or impure form of "majority decision", and so we can assume that "majority decision", "majority rule", and even "majority vote", can be used interchangeably.

⁶¹ Waldron, "A Majority in the Lifeboat", *supra* note 60, pp. 1043-1044.

majority-decision? The answer can also be straight away: majority-decision is neither a necessary nor sufficient condition for democracy. Actually, Waldron does grant it: "Of course, majority-decision is not necessarily democratic."⁶² However, since Dworkin has been advocating throughout this book and most of his work for an interpretive (or anti-criterialist) approach, his answer has to be slightly different: democracy cannot be reduced to any criteria and much less to the majority-decision criterion.

In addition, Waldron asserts "Dworkin believes that strong judicial review is compatible with democracy, but of course, this is not because judges use majority-decision."⁶³ The question seems to be again: How come? How can someone, on the one hand, be committed to democracy and strong judicial review and, on the other hand, not be committed to majority-decision, but accept its exercise or use. In that sense, he insists by recalling: "It has been more than twenty years since I began challenging defenders of judicial review to explain the use of the majority-principle by courts exercising «counter-majoritarian» judicial review; I have long since given up any expectation of an honorable answer."⁶⁴ Providing such "honorable answer" is the main aim of Dworkin's response and of our own alternative —or complementary— riposte.⁶⁵

In his paper, Waldron comes to terms with Dworkin's "hoary philosophical example" considering that it is intended to be "a knockdown argument against the view that majority decision is fair."⁶⁶ In addition, he suggests, on one side, hesitantly in a footnote: "Perhaps it has something (a little) in common with Fuller's example of the explorers trapped in a cave who drew lots to eat one of their num-

⁶² *Ibid.*, p. 1044.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.*

⁶⁵ *Vid. infra*, IV. 2. & 3.

⁶⁶ *Ibid.*, p. 1045.

ber.”⁶⁷ On the other, decisively both in the text: “I suppose it owes something to *United States v. Holmes* —a well-known case from 1842 in which fourteen passengers were thrown overboard from a lifeboat in danger of sinking”;⁶⁸ and, in a footnote: “I suppose one might also cite *R. v. Dudley & Stevens*... (finding crew of shipwreck guilty of murder where they killed and ate their cabin boy in order to survive). Dworkin’s casual reference to a «cabin boy»... hints in this direction”.⁶⁹

Waldron is absolutely right in the connection between both *Holmes* and *Dudley & Stevens* with Dworkin’s example and —despite his hesitation— with Fuller’s explorers.⁷⁰ There are at least two grounds for the later claim: 1) the temporary edition of *The Problems of Jurisprudence* by Lon L. Fuller, where “The Case of the Speluncean Explorers” appears for the first time in printed form includes a “Note” by Fuller himself: “This case was suggested by *Queen v. Dudley and Stephens*...; and *United States v. Holmes*...”;⁷¹ and 2) the Spanish translation of “The Case of the Speluncean Explorers” incorporates a “Preliminary Note” by Genaro R. Carrió: “The facts of this imaginary case are not totally imaginary. Fuller affirms that the facts were suggested to him by *Queen v. Dudley and Stephens*... and *United States v. Holmes*...”.⁷²

Anyway, Waldron proceeds later not only to analyze and criticize the discussion of methods of choice found in

⁶⁷ *Ibid.*, p. 1045, footnote 12 (the reference is omitted).

⁶⁸ *Ibid.*, p. 1045.

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 1045-1046, footnote 13 (the reference is omitted).

⁷⁰ *Vid.* Fuller, Lon L., “The Case of the Speluncean Explorers”, 62 *Harvard Law Review* 616 (1949).

⁷¹ *Vid.* Fuller, Lon L. *The Problems of Jurisprudence*, Brooklyn, The Foundation Press, 1949, p. 27.

⁷² *Vid.* Genaro R. Carrió, “Nota preliminar”, in Fuller, Lon L., *El caso de los exploradores de cavernas*, trans. Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 5: “Los hechos de este caso imaginario no son totalmente imaginarios. Fuller afirma que le fueron sugeridos por *Queen vs. Dudley and Stephens* (L.R. 14 Q. B. Div. 273; 1884) y por *United States vs. Holmes* (1 Wall. 1; 1842).”

Holmes,⁷³ but also to scrutinize: "What is Dworkin's example supposed to show?"⁷⁴ For that purpose he ranks four possible conclusions (ranked according to him from strongest to weakest):⁷⁵

- (1) It is silly to think that majority-decision is intrinsically fair or intrinsically valuable.
- (2) It is not the case that majority-decision is ever intrinsically fair or intrinsically valuable.
- (3) Majority-decision is not intrinsically fair or intrinsically valuable in all circumstances.
- (4) Majority-decision is not intrinsically fair or intrinsically valuable in circumstances just like the life boat example.

And, finally, correlates them to Dworkin's main conclusion:⁷⁶

- (5) A definition that ties the term firmly to majority-decision is an unhelpful misconception of democracy.

In short, Waldron is quite skeptical that the lifeboat example can either establish anything strong as conclusions (1) and (2), which might lay a foundation for (5);⁷⁷ or get us to conclusions (3) and (4), and lay a foundation for (5).⁷⁸ Considering that justice has not been done to the lifeboat example, he tries one (or several) more pass(es). For that

⁷³ Waldron, "A Majority in the Lifeboat", *supra* note 60, pp. 1046-1047.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 1048.

⁷⁵ *Ibid.*, pp. 1048-1049.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 1049.

⁷⁷ *Id.*: "[I]f the lifeboat example established conclusion (1) or conclusion (2), it might conceivably lay a foundation for (5), i.e., for this broader claim about how to think and how not think about democracy. But it is not clear how the lifeboat example can establish anything that strong."

⁷⁸ *Ibid.*, p. 1050: "But it is not at all clear that we can extrapolate from the inappropriateness of using majority-decision in the lifeboat to the inappropriateness of associating democracy with, say, the democratic of representatives or the democratic basis of legislation. I think is arguable that the lifeboat example gets us to conclusion (3) or (4). But there remains a huge gulf fixed between those conclusions and the further conclusion (5), which is what Dworkin is really interested in."

purpose, he distinguishes, first, between “choices about particulars and choices about general issues of policy and principle”,⁷⁹ and, later, following Dworkin, between “personal” and “external” preferences.⁸⁰ On the one hand, he brings to mind: “But at most, Dworkin has discredited majority-decision as a procedure for making particular life and death choices of for [sic] individuals and has (tendentiously) discredited majority-decision in the choice of the proper ambit of the majority-principle itself. Since these uses of the majority-principle are so marginal, it is hard to see that they get us anywhere remotely near to (5).”⁸¹ And, similarly, on the other hand, he calls to mind:⁸²

[T]he external preferences point... was not supposed to show the inappropriateness of majority-decision making (or utilitarian calculation) in general. It was supposed to show its inappropriateness in a limited range of cases. And that is what the lifeboat example might illustrate: It offers us an instance of a strange sort of case in which any enthusiasm we might have for majority-decision might be qualified (for certain odds kinds of case). That’s conclusion (4) above. But that won’t get us to (5); it doesn’t establish the inappropriateness of majoritarianism in general, let alone the “silliness” of associating it with democracy.

Finally, Waldron, on one side, regrets that Dworkin “did not take the trouble to relate the lifeboat example (and what he draws from it) to the broader considerations of political equality that are widely believed to give majority-principle whatever plausibility it has as a principle of political decision.”⁸³ And, on the other, reckons “The lifeboat example adds nothing to that discussion... I fear that its con-

⁷⁹ *Ibid.*, pp. 1050-1052.

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 1053-1054.

⁸¹ *Ibid.*, p. 1052.

⁸² *Ibid.*, p. 1054.

⁸³ *Id.*

stant introduction into the discussion of democracy by Dworkin and others is little more than a distraction.”⁸⁴

2. *Dworkin's Response*

Firstly, Dworkin clarifies that his main “point” is not, as Waldron says, to reject a definition of democracy that “ties the term firmly to majority-decision” but “rather to reject any definition that «ties» democracy «firmly» to any specification.”⁸⁵ Especially, since that will amount “to treat democracy as criterial”, when he wants to treat it as an “interpretive concept” and the “majoritarian conception is certainly an eligible one, even though... unsuccessful.”⁸⁶

Secondly, Dworkin explains that he intends to make with the lifeboat example “a very limited and highly circumscribed point: only that the majoritarian decision principle is not, as he [*i.e.* Waldron] has claimed it to be, a general principle of fairness independent of context —that is, «intrinsically» fair process.”⁸⁷ He further elucidates that it is not a “knock-down” argument against a majoritarian conception of democracy: “This is most certainly not an argument, however, that majority rule is never a fair method of decision. On the contrary, I insist that it is appropriate in politics when conditions of legitimacy are.”⁸⁸

In a summary, Dworkin provides two reasons to reject the majoritarian conception of democracy: 1) the concept of democracy is interpretive and hence is not firmly tied to any criteria or specification, much less to the majority-decision that is neither a necessary nor a sufficient condition; and, 2) the majority principle is not an intrinsically fair process, but that does not mean that is never a fair method of decision.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 1057.

⁸⁵ Dworkin, Ronald, “Response”, in “Symposium...”, *supra* note 1, p. 1084.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 1085.

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.*

Thirdly, Dworkin attempts to provide “an honorable answer” to the question that Waldron has been asking for twenty years: “Why, if majority rule is not intrinsically fair, is it appropriate on final appellate courts like the Supreme Court, which decides many very important cases by a 5-4 vote?”⁸⁹ A part of his response was already there: although the majority principle is not an intrinsically fair process, it does not mean that it is never a fair method of decision. Actually, he tried to justify the appropriateness of majority rule as a check on majoritarian procedure and insisted by repeating:⁹⁰

The choice among checks on majoritarian procedures must of course depend on which options are available. Judicial review is an available option for checking legislative and executive decisions. It is also an available option for checking judicial review itself through a hierarchical system of appellate courts. But of course judicial review is not available to check the decision of the highest appellate court; if it were the court would not be the highest.

This response echoes the one provide in the “Introduction” to *Freedom’s Law*:⁹¹

If we reject the majoritarian premise, we need a different, better account of the value and point of democracy... which I call the constitutional conception of democracy...It denies that it is a defining goal of democracy that collective decisions always or normally be those that a majority or plurality of citizens would favor if fully informed and rational. It takes the defining aim of democracy to be a different one: that collective decisions be made by political institutions whose structure, composition, and practices treat all members of the community, as individuals, with equal concern and respect. This alternate account of the aim of democracy, it is true, demands much the same structure of government as

⁸⁹ *Ibid.*, p. 1086.

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ Dworkin, “Introduction...”, *supra* note 24, p. 17.

the majoritarian premise does. It requires that day-to-day political decisions be made by officials who have been chosen in popular elections. But the constitutional conception requires these majoritarian procedures out of a concern for the equal status of citizens, and not out of any commitment to the goals of majority rule. So it offers no reason why some nonmajoritarian procedure should not be employed on special occasions when this would better protect or enhance the equal status that it declares to be the essence of democracy, and it does not accept that these exceptions are a cause of moral regret.

The constitutional conception of democracy, in short, takes the following attitude to majoritarian government. Democracy means government subject to conditions... of equal status for all citizens. When majoritarian institutions provide and respect the democratic conditions, then the verdicts of these institutions should be accepted by everyone for that reason. But when they do not, or when their provision or respect is defective, there can be no objection, in the name of democracy, to other procedures that protect and respect them better.

In addition, he reintroduces —following Waldron's suggestive critique— a distinction “between people’s preferences about their own lives and their preferences about what should happen to other people”, *i.e.* between personal (or internal) and (political or) external preferences, “to explain why a majoritarian process with no judicial or other check is not well suited to produce unbiased results.”⁹² He further recognizes: “I could only use the distinction in this context to suggest that majoritarian politics should be qualified not abandoned” and to conclude: “Majoritarian procedures are appropriate —indeed sometimes necessary— in circumstances when they are fair. Judicial review is among the arrangements that might improve their fairness though,

⁹² Dworkin, “Response”, in “Symposium...”, *supra* note 1, p. 1086. Dworkin introduced the distinction in *Taking Rights Seriously*, *supra* note 4, pp. 234-238.

as I emphasize, it is not the only such arrangement.”⁹³ In sum, Dworkin’s response succeeded to indicate that majority decisions, including judicial review, are appropriate in circumstances when they are fair, but failed to insinuate when it was the case.

3. *Alternative —or Complementary— Riposte*

Since Dworkin’s response to Waldron’s resistance was more or less the same in the oral reply that preceded the written one, nothing suggests that he will be completely persuaded or pleased by it;⁹⁴ and, thus, I intend to present an alternative —or complementary— riposte.

First and foremost, let me intimate that Dworkin in his response to Waldron did answer fully to two questions but felt short from answering to a third: Are majority decisions appropriate? Yes, majority decisions are appropriate... When? ...in circumstances when they are fair. But did not respond to: When are they fair? I guess at this point his answer must have been something like: Majority decisions are appropriate in circumstances when they are fair; they can only be fair when certain conditions are met; and such conditions incorporate certain choices that must be exempt from collective decision.⁹⁵ But, again, which are the choices that must be exempted from majority decision? Providing an “honorable answer” to Waldron’s challenge by responding to this last question is the aim of the following riposte.

Waldron is right in saying that Dworkin is not a fan of the principle of “majority decision”, “majority rule”, and “majority vote”, because for him the principle is not intrin-

⁹³ Dworkin, “Response”, in “Symposium...”, *supra* note 1, p. 1087.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 1086: “I offered what I thought to be the obvious answer at the conference this issue reports, but since Waldron repeats his claim in his written article, he must have found my reply dishonorable. I am shameless enough to repeat it.”

My hunch, since I was present at the conference, is that at this point Dworkin and Waldron seem to be talking past each other.

⁹⁵ *Vid. supra* note 59 (and accompanying text).

sically fair or valuable —at least not always or in all circumstances. In sum, he doesn't believe that "when people in a society disagree about some decision (among two or more options) the fairest way to proceed is for them all to vote, for the votes to be counted, and for the option to be chosen which attracts the greatest number of supporters."⁹⁶ However, Waldron is wrong in stating that Dworkin does not confer "any legitimacy upon the option that the majority supports",⁹⁷ as we have seen in his response to him, it is not the case that majority decision is never fair or legitimate, but at least not always or in all circumstances.

Curiously, Waldron's "conclusion" that best characterizes Dworkin's claim is "(3) Majority-decision is not intrinsically fair or intrinsically valuable in all circumstances." And from there he establishes a foundation for a broader claim, which constitutes his main argument: "(5) A definition that ties the term [*i.e.* democracy] firmly to majority-decision is an unhelpful misconception of democracy." Although (1) and (2) might lay a foundation for (5), those conclusions, besides being too strong, rule out any legitimate use for a majority decision, because it is either silly to think it is intrinsically fair or valuable or that it is never intrinsically fair or valuable, but as Waldron points out Dworkin champions the use of majority decision by courts exercising judicial review. Certainly, (4) besides being too weak, it is too marginal —by focusing in circumstances such as the lifeboat example— to lay a foundation for (5).⁹⁸

If a "majority decision" is not intrinsically fair or intrinsically valuable in all circumstances (3), the concept of "democracy" cannot be tied to it (5), unless willing to admit that "democracy" is not intrinsically fair or valuable. To the contrary, Dworkin believes that "democracy" is intrinsically fair or valuable; and, hence, has to untie "democracy" from "majority decision", which is not intrinsically fair or valu-

⁹⁶ Waldron, "A Majority in the Lifeboat", *supra* note 60, p. 1043.

⁹⁷ *Id.*

⁹⁸ *Ibid.*, pp. 1048-1049.

able—at least not always or in all circumstances— leading to the distinction between the “majoritarian or statistical conception”, which ties democracy to majority decision, and the “partnership conception”, which unties democracy from majority decision.⁹⁹

Whereas the “majoritarian or statistical conception” considers that the majority decision is a necessary—and even sufficient— condition of a democracy, the “partnership conception” considers that the majority decision is a mere contingency neither necessary nor sufficient. Therefore, it is possible both to reject in a democracy the use of a majority decision per default and to accept its use in some cases, but neither in all circumstances nor always, including the use of majority decision by courts exercising judicial review, which is consistent with conclusions (3) and (5).

Assuming that majority decisions are appropriate in circumstances when they are fair; that they can only be fair when certain conditions are met; and that such conditions integrate certain choices that must be exempt from collective decision. The only question remaining to be answer is: which are the choices that must be exempted from majority decision? Actually, Waldron’s distinction between “choices about particulars and choices about general issues of policy and principle”¹⁰⁰ is helpful to distinguish between general choices or decisions proper to a legislative body, which are more political than technical, and particular choices or decisions proper to a judiciary—or even to a regulatory agency, which are more technical than political, but unhelpful to determine which are the choices that must be exempted from majority decision because their illegitimacy.

My hunch is that we need to introduce a further distinction between *impartial* and *partial* choices or decisions;¹⁰¹

⁹⁹ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 1, p. 5.

¹⁰⁰ Waldron, “A Majority in the Lifeboat”, *supra* note 60, pp. 1050-1052.

¹⁰¹ I am assuming that the distinction between *objective* and *subjective* criteria is already settled in favor of objective choices or decisions only. *Vid.* Flores, Imer B., “Legisprudence: The Role and Rationality of Legislators— *vis-à-vis* Judges— to-

that is, between choices or decisions, on the one hand, made by someone who is not a party (impartial) and can be more or less objective; and, on the other hand, taken by someone who is a party (partial) and can be more or less subjective and even biased. In a democracy, the former —*impartial* choices or decisions— can be made by a majority decision and the latter —*partial* choices or decisions— cannot be taken by a majority decision. In that sense, it seems clear to me that the justices of a Supreme Court can decide about the life or death of a criminal by a majority vote because they are making an *impartial* decision (they are not a party), but those same justices of the Supreme Court cannot decide about the life or death of one of the justices by a majority vote (having to sacrifice one life to save the rest) because they will be taking a partial decision (they are a party). Suppose, following Fuller's speluncean explorers case, that they are trapped in a cave after a field trip or in the main chamber of the Court after an earthquake, or, alternately, following Dworkin's example, that they are found in a lifeboat example situation after a cruise. In both cases, a lottery or drawing lots will be a much fairer or legitimate —and impartial— way of deciding which life will be sacrificed for the sake of saving the rest.

Consider Dworkin's (democratic) lifeboat example again,¹⁰² he rejects a majority decision as democratic since everyone is a party or a partner in the lifeboat and sacrificing one will amount for a partial choice or decision being imposed over the life of one party or partner, which will not be treated with equal concern and respect. On the contrary, he accepts a decision by lottery, *i.e.* a non-majority decision, which grants to the life of each party or partner an equal concern and respect. In short, Dworkin is going to re-

wards the Realization of Justice", *Mexican Law Review*, New Series, Vol. 1, No. 2, 2009, pp. 91-110; and , especially, pp. 94-100.

¹⁰² Let me suggest that Dworkin's lifeboat is a democracy, whereas in the *Holmes* case, quoted by Waldron the lifeboat is not a democracy, *i.e.* an autocracy, where the captain makes or takes a decision regardless of the interest of the passengers. *Vid. supra* note 30.

ject any majoritarian decision which does not show equal concern or respect not only for the life but also for the rights of the parties or partners in a democracy, including minorities, by failing to be impartial, and is willing to accept those that are impartial and do treat everyone with equal concern and respect.

Finally, regarding Waldron's unmet "challenge to defenders of judicial review to explain the use of the majority principle by courts exercising «counter-majoritarian» judicial review", I expect to have provided—or at least suggested—by introducing the distinction between *partial* and *impartial* choices or decisions an honorable answer. I guess the apparent paradox is that the courts use the majority-decision as a counter-majoritarian device, but I do not think it is really counter-majoritarian and much less counter-democratic and not even counter-representative, but merely counter-legislative or counter-executive, in the sense of contrary to a legislative or executive decision which is overruled, for failing to be impartial, objective and/or according to law.

Additionally, I will like briefly to point out a further justification for allowing a court to make or take their decisions with a majority vote. Clause 40 of the *Magna Carta Libertatus* reads as follow: "*Nulli vendemus, nulli negabimus, aut differemus rectum aut justiciam*", i.e. "To no one will we sell, to no one will we refuse or delay, right or justice." Since the reason one goes to court is to get justice, refusing or delaying to make a decision will amount to an injustice and as such to something illegitimate. In short, "justice delayed is justice denied". And so, if a court in order not to delay or deny justice has to take a decision by a majority vote it will, on the contrary, be legitimate.

V. CONCLUSION: TAKING RONALD DWORKIN SERIOUSLY

To conclude I will like to insist on the importance of taking Ronald Dworkin seriously. His overall thesis, as he recognizes, is unpopular now: "[the foxes have] ruled the roost

in academic and literary philosophy for many decades” and “[the h]edgehogs seem naïve or charlatans, perhaps even dangerous.”¹⁰³ Moreover, as he clarified in a Lecture —titled “From *Justice in Robes* to *Justice for Hedgehogs*”— delivered after being awarded the Héctor Fix-Zamudio International Award at the Legal Research Institute of UNAM in Mexico City back in November 23, 2006:¹⁰⁴

[T]he titles [of *Justice in Robes*, *i.e.* a book already written and published earlier that year, and *Justice for Hedgehogs*, *i.e.* a book in which he was working at that time] are meant to convey this, that we understand law, that we understand the role that justice plays in law, only when we understand law not in isolation from the rest of human value, but as part of a largest scheme of justice, using Isaiah Berlin’s idea: justice for hedgehogs, not for foxes. And it’s part of my argument that interpretation is, as it dominates in my view legal reasoning, a distinct kind of intellectual activity but also has its presence across the whole domain of interpretation. So then if we want to understand interpretation as a legal activity, we have to think about artistic interpretation, historical interpretation, biblical hermeneutics, [and] literary study. And my argument in *Justice for Hedgehogs*... is that we understand interpretation as a distinct intellectual activity by accepting that in interpretation, across all these domains, the purpose of the activity is part of the test of truth.

¹⁰³ Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, *supra* note 1, p. 2. For the depiction of a hedgehog applied to Madame Michel, one of Barbery’s characters, but equally applicable *mutatis mutando* to Dworkin, *vid.* Barbery, *The Elegance of the Hedgehog*, *supra* note 42, p. 143: “Madame Michel has the elegance of the hedgehog: on the outside, she’s covered in quills, a real fortress, but my gut feeling is that on the inside, she has the same simple refinement as the hedgehog: a deceptively indolent little creature, fiercely solitary —and terribly elegant.”

¹⁰⁴ Dworkin, Ronald, “From *Justice in Robes* to *Justice for Hedgehogs*” (manuscript on file with *Problema*).

ARTÍCULOS

ARTICLES

**THE AMERICANS WITH DISABILITIES ACT
AND HEALTH CARE ALLOCATION**

Iwao HIROSE

Resumen:

En este artículo propongo un argumento teórico para prohibir el trato desigual entre personas discapacitadas y no discapacitadas en la distribución de recursos médicos. En primer lugar, analizaré un argumento que apoya un trato desigual, el cual fue presentado por Singer y otros, y trataré de establecer sus alcances. Después, utilizaré ese mismo argumento para derivar un argumento que nos llevaría a prohibir el trato desigual entre discapacitados y no discapacitados en casi todos los casos de distribución de recursos médicos.

Palabras Clave:

Discriminación, atención médica, salud pública, discapacitados.

Abstract:

In this article, I will propose a theoretical argument for the prohibition of unequal treatment of disabled and non-disabled individuals in health care resource allocation. I will first consider an argument for unequal treatment, which was put forward by Singer et al, and elucidate its far-reaching scope. I will then use the same argument in order to derive an argument that would prohibit unequal treatment of disabled and non-disabled individuals in almost all cases of health care allocation.

Keywords:

Discrimination, Health Care Allocation, Public Health, Disabled People.

SUMMARY: I. *Introduction*. II. *How does Unequal Treatment Occur in Health Care?* III. *An Argument for the Permissibility of Disability Discrimination in Health Care*. IV. *How Should We Argue Against Disability Discrimination?* V. *Critique of the Melburnians' Argument*. VI. *Conclusion*. VII. *References*.

I. INTRODUCTION

The Americans with Disabilities Act (ADA) of 1990 defines a disability as “a physical or mental impairment that substantially limits a major life activity”, and prohibits discrimination on the basis of disability in employment, public services, transportation, and public communication. The ADA does not prohibit every form of unequal treatment of the disabled and non-disabled. It is perfectly justifiable that NFL teams employ no players with a disability insofar as they do not clearly state that no disabled individuals are allowed to apply for vacant positions. Teams consider the skills and performance of players, and hire players on the basis of skills and performance. Even if there are no players with a disability in a football game, we do not see this fact as a case of disability discrimination. Similar things can be said about the distribution of medical resources between different patients. Doctors can choose to give a treatment to a non-disabled patient rather than a disabled patient, if the non-disabled patient arrived at the hospital earlier or his medical need is more urgent. Insofar as the decision is made on a principle that is justifiable in its own light (i.e. ‘first come, first served’, or the principle of urgency), the unequal treatment of different patients is not seen as wrongful discrimination, even if the patient with a disability happens to receive lower priority.

Here is a general question concerning the scope of the ADA. What sort of unequal treatment on the basis of disability counts as wrongful discrimination that the ADA should regulate? This question is the motivation for this pa-

THE AMERICAN WITH DISABILITIES ACT

per. However, I do not attempt to answer this general question.¹ Rather, I want to consider the following specific question: Would unequal treatment of disabled and non-disabled individuals in health care be a type of wrongful discrimination that the ADA should regulate? If not all forms of unequal treatment between the disabled and non-disabled patients are unjust or unfair, and if there is a compelling argument for the permissibility of such unequal treatment, then there would be reason to eliminate it from the category of wrongful discrimination that the ADA prohibits.

Intuitively, unequal treatment on the basis of disability is unjust and/or unfair in health care, and it therefore appears to be a form of discrimination that we ought to avoid. As a matter of fact, the ADA is understood to prohibit unequal treatment on the basis of disability in health care.² Yet it is not entirely clear whether this intuition is normatively plausible. Several philosophers have offered normative arguments for the permissibility of unequal treatment on the basis of disability in health care. The most powerful of these was proposed by Singer *et al* (1995) and put forward by McKie *et al* (1998). Their argument is often criticized on the grounds that unequal treatment on the basis of disability in health care *is* in fact a form of wrongful discrimination, rather than by establishing that such treatment cannot be justified. This sort of assertion, however, is not supported by a plausible normative argument. As far as I can see, there is no effective normative criticism against the normative argument for the permissibility of unequal treatment of disabled and non-disabled patients. In this paper, I will propose a *normative* argument against unequal

¹ For the general definition of discrimination, see Alexander (1992) and Lippert-Rasmussen (2006).

² See Brock (1995, 2000, 2006) concerning how the US federal health authority rejected Oregon's application for a type of Medicaid administration that may entail the unequal treatment of disabled and non-disabled patients. For the reaction of medical ethicists to "Oregon's denial", see Hadorn (1992), Menzel (1992), and Orentlicher (1994).

treatment in health care on the basis of disability by virtue of criticising the argument first made in Singer *et al* (1995). I will accept their theoretical framework but derive an argument against the permissibility of unequal treatment on the basis of disability in health care. I believe my discussion can offer an effective criticism of their powerful argument.

This paper is organized as follows. In section II, I will explain how the unequal treatment of disabled and non-disabled individuals occurs in health care resource allocation. In section III, I will elucidate the theoretical structure of the arguments in Singer *et al.* in favour of unequal treatment. In section IV, I will discuss how we should argue against unequal treatment of disabled and non-disabled patients. In section V, I will propose a normative argument against unequal treatment in health care on the basis of disability without rejecting the theoretical framework of Singer *et al.*

II. HOW DOES UNEQUAL TREATMENT OCCUR IN HEALTH CARE?

Unequal treatment of disabled and non-disabled patients in health care can occur when and because a certain method of priority-setting is employed in order to decide how we allocate scarce resources amongst different patients. Health care resources (money, facilities, equipment, time, personnel, donors, medicine, and so on) are usually scarce. When we cannot treat every patient, we encounter difficult choices concerning whom we should treat and whom we should not. At the level of a national health care system, one of the main principles is the principle of maximizing benefits from health interventions. But how do we measure health benefits? In many countries, health benefits are measured by Quality Adjusted Life Years (QALYs). QALYs combine the two types of benefit from health interventions. The first type is the number of years of life saved. The second type is changes to health-related quality of life. According to the principle of QALY maximization, our health care system gives priority to those whose life is ex-

THE AMERICAN WITH DISABILITIES ACT

tended most and/or whose quality of life is improved most. According to this principle, we discriminate patients by gains in QALYs.

As I wrote earlier, according to the ADA, an individual with a disability is “a person who has a chronic physical or mental impairment that substantially limits one or more major life activities”. Since disabilities by definition limit one or more major life activities, they will reduce an individual’s health-related quality of life, and health interventions will produce fewer QALYs for a disabled patient than for an otherwise similar non-disabled patient. Furthermore, the presence of a disability, or a more severe disability, can often make treatment more complex or extended, and thus more expensive, than it would be for someone without a disability or with one that is less severe. Thus, given the same amount of health care resource, an individual with a disability produces fewer QALYs than an individual with no disability.

Since (a) we use the QALY measure to allocate health care under the condition of scarce resources and (b) disabled people produce fewer QALYs than non-disabled people, we give greater priority to the non-disabled over the disabled in a systematic way, thus treating disabled and non-disabled people unequally. As smaller priority is given to disabled individuals in a systematic way, unequal treatment on the basis of disability in health care is allegedly a form of disability *discrimination* in the area of health care.³ Let me explain this with an example.

Saving the non-disabled: Suppose that there are two seriously ill patients and that we can treat only one of them. Let us assume that each will die immediately without the treatment, and that each will live for 20 years with the treatment. The only difference between the two patients is that patient A has been, and will continue to be, confined to a wheel-

³ For more elaborated discussion of how disability discrimination occurs in health care, see Brock (1995, 2000, 2006), Harris (1987), Kamm (2004, 2006), and Nord (1999).

chair and patient B does not, and will not, have any disability. The other features are assumed to be equal. According to the maximization of QALYs, it is better to offer the treatment to B. Even though each will live for exactly the same number of years, A's health-related quality of life is strictly lower than B's, because A's disability is by definition a loss in health-related quality of life.

It is clear that the definition of disability and the principle of QALY maximization jointly lead us to the alleged disability discrimination in health care. Given that a disability is a loss in health-related quality of life, even if the life of the patient with a disability is saved, his health-related quality of life does not reach the normal level of functioning. On the other hand, if we give the treatment to the patient with no disability, she can reach the normal level of functioning. Insofar as we adopt the principle of QALY maximization, the health benefit is maximized if we offer the treatment to the patient with no disability. This is how the alleged disability discrimination arises in health care.

I have two brief remarks that should elucidate the scope of the alleged disability discrimination in health care. First, it is not claimed that the individual with a disability has a life not worth living. The maximization of QALYs is concerned with health-related quality of life, not overall quality of life. The notion of disability is defined in terms of health condition, and QALYs combine the extension of life-years and the improvement in health-related quality of life. The loss in the health-related quality of life does not mean that individuals with disabilities are inferior to individuals with no disabilities, all things considered. Individuals with disabilities may well have a higher level of all-things-considered quality of life than individuals with no disabilities. Thus, it is not disrespectful to disabled people to say that their health-related quality of life is lower than that of non-disabled people.

Second, there is no necessary relation between the maximization of QALYs and the lower priority given to the pa-

THE AMERICAN WITH DISABILITIES ACT

tients with disabilities. In principle, there can be cases in which the maximization of QALYs would function in favour of patients with disabilities.⁴ Suppose that there are two patients with the same disease, one with a disability and the other with no disability, and that if we give a treatment to the patient with the disability, the disability is cured as a side effect of that treatment. In this case, the maximization of QALYs tells us to treat the patient with the disability, because the benefit from the disability-cure tips the balance in favour of the patient with the disability.

III. AN ARGUMENT FOR THE PERMISSIBILITY OF DISABILITY DISCRIMINATION IN HEALTH CARE

The most robust ethical argument for the permissibility of disability discrimination in health care was first proposed by Singer, McKie, Kuhse and Richardson (1995) and then elaborated by McKie, Richardson, Singer, and Kuhse (1998). Hereafter, I will use a general term to refer to these authors, and call them the *Melburnians* because they all worked at Monash University in Melbourne.

The Melburnians contend that we can decide whether social arrangements are just by asking if these arrangements would be agreed to by rational egoists choosing from behind a veil of ignorance, where people are deprived of knowledge concerning whether they will be advantaged or disadvantaged by the proposed arrangements. The Melburnians then invite us to imagine a hypothetical social choice situation where two rational egoists each need life-saving treatment and have an interest in continued life, but there is enough life-saving treatment for only one of them. To maximise the satisfaction of their own interests, the rational egoists would have to choose a principle that gives preference to saving life when it is most in the interests of the person whose life is saved. This means that if QALYs are an accu-

⁴ Kamm (2004, 2006).

rate way of measuring when life is most in one's interests, then egoists would rationally choose to allocate resources in accordance with the principle of QALY maximization. According to the Melburnians, the principle of QALY maximization is justifiable as a principle of health care resource allocation, and the unequal treatment on the basis of disability that would result from the use of this principle is also justifiable. This is what the Melburnians contend.

Here is a reason why I believe their argument to be strong. Proponents of utilitarianism would support the Melburnians' claim. But so would proponents of other distributive principles such as Prioritarianism and some types of egalitarianism (e.g. what Derek Parfit calls Telic Egalitarianism).⁵ Note that the Melburnians' (1995) argument is more modest than John Harsanyi's (1955, 1977) case for average utilitarianism, even though they both appeal to the rational choice of egoists in a hypothetical situation. The Melburnians do not claim that individuals behind the veil of ignorance would rationally choose average utilitarianism. Harsanyi made two claims.⁶ The first claim is that if individual and social preferences satisfy the expected utility axioms and if the social welfare function satisfies a Pareto condition, then social utility must be represented by a weighted sum (precisely, an affine transformation) of individual utilities (the Aggregation Theorem). The second claim is that if individuals are placed behind the veil of ignorance, then they would rationally believe that each of them has an equal chance of being in any of these positions, and hence that the weight of each individual's utility must be $1/n$ in the n -person society (the Impartial Observer Theorem). The notion of the veil of ignorance is used for the second claim. That is, in Harsanyi's argument, the veil of ignorance is meant to offer grounds for average utilitarianism.

⁵ See Parfit (1995) for Prioritarianism, and [author's paper] for a version of Telic Egalitarianism that satisfies the Pareto condition.

⁶ See Weymark (1991).

THE AMERICAN WITH DISABILITIES ACT

On the other hand, the Melburnians (1995) merely claim that individuals behind the veil of ignorance would rationally choose a principle that advances every individual's interest. That is, individuals would rationally choose a principle that satisfies the *strong Pareto principle*. The strong Pareto principle holds that if one alternative is better for someone than another alternative and if it is worse for no one, then it is better than the other. Imagine that two individuals are placed behind the veil of ignorance in order to choose two possible states of affairs $x=(5, 8)$ and $y=(10, 5)$, where the brackets show the states of the two individuals. Given that two individuals do not know which position they will occupy in x and y , each of them would rationally judge that $x=(5, 8)$ is just as good as $x'=(8, 5)$. By the strong Pareto principle, they would judge that $y=(10, 5)$ is strictly better than $x'=(8, 5)$. Hence, they would judge that y is strictly better than x . Needless to say, this judgment is supported by average and classical utilitarianism. But it is also supported by other consequentialist principles. Prioritarianism and some versions of Telic Egalitarianism support such a judgment. Some non-aggregative principles such as the lexicographic extension of the maximin rule (i.e. leximin) also support it.⁷ Therefore, the Melburnians' argument for QALYs can be supported not only by proponents of utilitarianism but also by some opponents of utilitarianism. This is why their argument is very powerful.⁸

⁷ Leximin first compares the worst off across alternatives and, if the worst off are at the same level, compares the second worst off, and so on. Notice that Maximin, which judges the relative goodness of alternatives only by the worst off across alternatives, does not satisfy the strong Pareto principle.

⁸ In their later work, the Melburnians (1998) implicitly suggest that rational egoists would choose a form of utilitarianism that gives an equal weight to each individual's interest. However, this is not necessary to justify the case for the maximization of QALYs, and undermines the scope of their initial argument. Therefore, in what follows, when I discuss the Melburnians' argument, I refer to their argument as presented in 1995.

IV. HOW SHOULD WE ARGUE AGAINST DISABILITY
DISCRIMINATION?

Intuitively, many people likely find it hard to accept the permissibility of disability discrimination in health care. One way to argue against the permissibility of disability discrimination in health care is to claim that it is not permissible in a bold way. For example, it may take a *modus ponens* argument.

- (1) Unequal treatment of disabled and non-disabled individuals should be prohibited in general.
- (2) If unequal treatment of disabled and non-disabled individuals should be prohibited in general, then unequal treatment of disabled and non-disabled individuals should be prohibited in health care.

Therefore, unequal treatment of disabled and non-disabled individuals should be prohibited in health care.

I believe that when many people find alleged disability discrimination in health care to be implausible, they have this sort of reasoning in mind. But this is too bold. In the issue under consideration, premise (2) cannot be assumed to be true. Premise (2) is precisely what we have been discussing. The Melburnians would disagree with premise (2), because even if the antecedent of premise (2) is true, the consequent does not follow, provided their argument that I outlined in the previous section. Their argument was all about defusing premise (2). The ADA prohibits discrimination on the basis of disability in employment, public services, transportation, and public accommodations. Many people including the Melburnians would agree with this. However, the question under consideration is whether disability discrimination in health care is a type of wrongful discrimination that the ADA should prohibit. The Melburnians argue that it is not. They would claim that the consequent does not follow from the antecedent. Therefore, opponents of disability discrimination in health care must

establish the logical relation of the antecedent and consequent in premise (2), if they claim that their bold intuition is correct.

Many opponents simply believe that disability discrimination in health care is a type of wrongful discrimination that does not require a normative argument. It is possible that the belief of these opponents is supported by some non-normative elements such as social psychology and opinion polls. For example, Alan Williams simply says “[a]t the end of the day we simply have to stand up and be counted as to which set of principles we wish to have underpin the way the health care system works”.⁹

The Melburnians show some sympathy for these sorts of non-normative elements. But they clearly notice that they do not provide a normative argument.

In a recent survey of the attitudes of Australians to the distribution of health care, we found that many respondents were ready to depart from QALY maximisation in order to avoid expressing a priority for the treatment of some patients over others, and this may also be explained by a concern for the effects that a direct maximisation approach has on the kind of society we are. ... It is at least possible that Australians (and no doubt some other nationals as well) consider it important to act in ways that go beyond abstract justice or fairness, instead tilting the balance so that it favours those who would otherwise feel themselves arbitrarily disadvantaged. On these grounds, we could understand a preference for avoiding double jeopardy, even though double jeopardy [alleged disability discrimination in health care] is not in itself unjust or unfair.¹⁰

In what follows, I will present my *normative* argument against the Melburnians’ normative argument for the permissibility of disability discrimination in health care. I will take the following strategy. For the sake of argument, I will accept the theoretical framework of the Melburnians. But I

⁹ Williams (1987, 123).

¹⁰ Singer *et al.* (1995, 150).

will use their framework to derive an argument against disability discrimination in health care.

V. CRITIQUE OF THE MELBURNIANS' ARGUMENT

Suppose that two individuals are placed behind the veil of ignorance: one with a disability and the other with no disability.¹¹ They do not know which position either will occupy when the veil of ignorance is lifted. Now consider table 1. The brackets show the health conditions of the two individuals. We are to choose either prospect A or B. Each prospect consists of two possible outcomes, which are assumed to be equally probable. If we choose prospect A, we give the treatment to the non-disabled patient and let the disabled patient die, regardless of whether the coin lands heads or tails. If we choose prospect B, we give an equal chance of treatment to the disabled and non-disabled patients. Given (a) that heads and tails are equally probable and (b) that the two individuals do not know which position they will occupy, the expected good of prospect A is strictly greater than that of B (more precisely, prospect A dominates prospect B). Therefore, according to the Melburnians, two individuals would rationally choose prospect A.

Table 1

	Prospect A (Disabled, Non-Disabled)	Prospect B (Disabled, Non-Disabled)
Heads	(0, 1)	(0, 1)
Tails	(0, 1)	(0.6, 0)

I disagree. There is a good reason to choose prospect B, in which case we give an equal chance to the disabled individual and non-disabled individual. How can prospect B

¹¹ The following argument is an extension of Diamond's (1967) counter-example to Harsanyi's case for average utilitarianism.

THE AMERICAN WITH DISABILITIES ACT

strictly better than prospect A if we accept the Melburnians' theoretical framework? It is because prospect A is *unfair* to the person who would occupy the position of the disabled individual. By unfairness, I mean the situation, where a person receives no chance of receiving some benefit, and another person receives some chance. I do not contend this is the only and correct way to spell out the notion of unfairness. But I believe it captures one feature of unfairness, and this allows me to use this normative word here.

To further illustrate my point, consider table 2 where both patients can regain the normal level of functioning. According to the Melburnians, prospect A is just as good as B. But I believe that prospect B' is strictly better than A, and that many people would agree with me.

Table 2

	Prospect A (X, Y)	Prospect B' (X, Y)
Heads	(0, 1)	(0, 1)
Tails	(0, 1)	(1, 0)

Why is prospect B' strictly better than A? Because, in prospect A, the individual who will occupy the position of X is deprived of any chance of receiving any benefit, whereas the other individual, who will occupy the position of Y, receives the benefit for certain. Therefore, prospect A is not fair to the person-position X and prospect B' is fair to each person-position. We do not know who will occupy X's position, but there is one person-position that is treated unfairly if we choose prospect A. So there is a morally relevant feature that is not captured in table 2. Table 2 should be rewritten as table 3.¹²

¹² For different ways of capturing the notion of unfairness in this example, see Broome (1990-1991), and Segall and Epstein (1992). Hirose (2004) and Karni and Safra (2002) consider how the disvalue of unfairness can be measured.

Table 3

	Prospect A (X, Y)	Prospect B' (X, Y)
Heads	(0—unfairness, 1)	(0, 1)
Tails	(0—unfairness, 1)	(1, 0)

In table 3, unfairness to the person-position X is included as the negative component. The disvalue of unfairness is not a health benefit, and does not reduce the value of health benefit. Therefore, I do not subtract it from the expected value of health benefits. But it is considered together with the expected value of health benefits. Table 3 explains why prospect B' is strictly better than A.

Let's go back to table 1. Just like table 2, I believe table 1 does not capture the consideration of unfairness. Table 1 should be rewritten as follows.

Table 4

	Prospect A (Disabled, Non-Disabled)	Prospect B (Disabled, Non-Disabled)
Heads	(0—unfairness, 1)	(0, 1)
Tails	(0—unfairness, 1)	(0.6, 0)

In table 4, the judgement of our rational individuals depends on the disvalue of unfairness.¹³ If and only if the disvalue of unfairness outweighs the difference in the expected good of the health condition, prospect B is judged to be

¹³ The Melburnians (1995) do not assume that the chance of occupying each person's position is equal. Suppose that the chance of occupying the disabled person's position is p ($0 < p < 1$). The chance of occupying the non-disabled person's position is therefore $(1-p)$. Let U denote the disvalue of unfairness. The expected good of each prospect is calculated in the following manner.

$$GA = 1/2\{(0-U) \times p + 1 \times (1-p)\} + 1/2\{(0-U) \times p + 1 \times (1-p)\}$$

$$GB = 1/2\{0 \times p + 1 \times (1-p)\} + 1/2\{0.6 \times p + 0 \times (1-p)\}.$$

This means that prospect A is as good as B if and only if $U = 1/(2p) - 0.8$.

strictly better than prospect A. In this case, individuals would rationally choose to give an equal chance of survival to the disabled and non-disabled. Otherwise, individuals would choose prospect A, and agree to give the treatment to the non-disabled. If the disvalue of unfairness is large enough, we would rule out almost all cases of disability discrimination in health care. It all depends on how much of disvalue we attach to the notion of unfairness.

The upshot of my argument is this. For the sake of argument, I agree with the Melburnians' general theoretical framework: the choice concerning whom to save in health care can be justified insofar as the principle of health care resource distribution would be chosen by rational egoists behind the veil of ignorance. However, rational egoists in this choice situation would also consider their health-related interests as well as whether their health-related interests would be considered fairly. Being considered fairly is a sort of benefit that egoists would take seriously. My argument holds that adopting the QALY approach does not necessarily entail the simple maximization of QALYs, but at least the maximization of QALYs *and* fairness.

Three remarks are in order. First, there remains the difficult question concerning how we estimate the disvalue of unfairness. I do not have a satisfactory answer. Ultimately, we must appeal to our intuition. Second, my proposed argument remains within the Melburnians' theoretical framework, but offers a possibility of equal treatment amongst the disabled and non-disabled individuals in health care. This means that I accept the force of the *modus ponens* argument for disability discrimination in health care, but that I use the same argument to constrain disability discrimination in health care. In this respect, my argument has a significant theoretical advantage. Third, it may appear unsatisfactory to those who maintain the absolute prohibition of disability discrimination in health care. This is because, on my view, there can be some cases where the expected good of a health condition could outweigh the disvalue of disabil-

ity discrimination. For example, it is possible that my argument allows such discrimination when an individual has a severe disability. The mere possibility of discrimination in such a situation may make my argument implausible for some. But, in order to support an absolute prohibition on disability discrimination in health care, we must appeal to some version of the non-normative reasons that I described in section 3. The crucial point is that the Melburnians' argument supports disability discrimination even if the disability is small, whereas my proposed argument allows such discrimination only in the cases where disability is severe enough.

VI. CONCLUSION

I presented a normative argument against disability discrimination in health care in such a way that the most powerful normative argument for disability discrimination in health care is defused. However, my argument does not commit to the absolute prohibition of disability discrimination in health care. Provided my argument holds that the disabled and non-disabled patients should be treated equally in many cases, it would be practically effective if we understand the ADA to prohibit disability discrimination in health care in principle. There will be some exceptional cases where unequal treatment of disabled and non-disabled patients is normatively permissible, if the disability is severe. But few laws disallow exceptional cases. Therefore, cases of severe disability should be treated as exceptions.

VII. REFERENCES

ALEXANDER, Larry (1992), "What Makes Wrongful Discrimination Wrong?" *University of Pennsylvania Law Review*, 141.

THE AMERICAN WITH DISABILITIES ACT

- BROCK, Dan (1995), "Justice and the ADA: Does Prioritizing and Rationing Health care Discriminate against the Disabled?", *Social Philosophy and Policy*, 12.
- (2000). "Health Care Resource Prioritization and Discrimination against Persons with Disabilities", in FRANCIS, Leslie and SILVERS, Anita (eds.) *Americans with Disabilities: Implications for Individuals and Institutions*. Routledge.
- (2006), "Cost-effectiveness and Disability Discrimination", manuscript. Harvard University.
- BROOME, John (1990-91), "Fairness", *Proceedings of the Aristotelian Society*, 91.
- DIAMOND, Peter A. (1967), "Cardinal Welfare, Individualistic Ethics and Interpersonal Comparisons of Utility: Comment", *Journal of Political Economy*, 75, 765-6.
- HADORN, David (1992), "The Problem of Discrimination in Health Care Priority Setting", *Journal of the American Medical Association*, 268.
- HARRIS, John (1987), "QALYfying the Value of Human Life", *Journal of Medical Ethics*, 13, 117-123.
- (1995), "Double Jeopardy and the Veil of Ignorance – a Reply", *Journal of Medical Ethics*, 21, 151-157.
- HARSANYI, John (1955), "Cardinal Welfare, Individualistic Ethics and Interpersonal Comparisons of Utility", *Journal of Political Economy*, 63, 309-21.
- (1977), *Rational Behavior and Bargaining Equilibrium in Games and Social Situations*, Cambridge, Cambridge University Press.
- HIROSE, Iwao (2004), "Aggregation and numbers", *Utilitas*, 16.
- KAMM, Frances (2004), "Deciding Whom to Help, Health-Adjusted Life Years, and Disabilities", in Sudhir Anand, Fabienne Peter and Amartya Sen (eds.), *Public Health, Ethics, and Equity*, Oxford University Press.

- (2006), “Disability, Discrimination and Irrelevant Goods”, manuscript. Harvard University.
- KAPPEL, Klemens and SANDOE, Peter (1992), “QALYs, age and Fairness,” *Bioethics*, 6, 297-316.
- KARNI, Edi and Zfi Safra. (2002). “Individual Sense of Justice: A Utility Representation”, *Econometrica*, 70, 263-284.
- LIPPERT-RASMUSSEN, Kasper (2006), “The Badness of Discrimination”, *Ethical Theory and Moral Practice*, 9.
- MCKIE, John, RICHARDSON, Jeff, SINGER, Peter and KUHSE, Helga (1998), *The Allocation of Health Care Resources: An Ethical Evaluation of the QALY Approach*, Dartmouth, Ashgate.
- MCMAHAN, Jeff (2005), “Causing disabled people to exist and causing people to be disabled”, *Ethics*, 116.
- MENZEL, Paul T. (1992), “Oregon’s Denial: Disabilities and Quality of Life”, *Hastings Center Report*, 22.
- NORD, Erik (1999), *Cost-Value Analysis in Health Care*. Cambridge, Cambridge University Press.
- ORENTLICHER, David (1994), “Rationing and the Americans with Disabilities Act”, *Journal of the American Medical Association*, 271.
- PARFIT, Derek (1995), *Equality or Priority?*, University of Kansas, Lindley Lecture. Reprinted in CLAYTON, M. and WILLIAMS, A. (eds.) *The Ideal of Equality*, Basingstoke, Palgrave Macmillan (2000).
- SEGALL, Uzi and EPSTEIN, Larry, G. (1992), “Quadratic social welfare functions”, *Journal of Political Economy*, 100, 691-712.
- SINGER, Peter, MCKIE, John, KUHSE, Helga and RICHARDSON, Jeff (1995), “Double Jeopardy and the Use of QALYs in Health Care Allocation”, *Journal of Medical Ethics*, 21, 144-150.

THE AMERICAN WITH DISABILITIES ACT

WEYMARK, John (1991), "A Reconciliation of the Harsanyi-Sen Debate on Utilitarianism", in ELSTER, John and ROEMER, John E. (eds.), *Interpersonal Comparison of Well-Being*, Cambridge, Cambridge University Press.

WILLIAMS, Allan (1987), "Response: QALYfying the value of life", *Journal of Medical Ethics*, 13, 123.

LOS JUECES COMO CREADORES DE REGLAS*

Larry ALEXANDER
Emily SHERWIN

Resumen:

Los precedentes son decisiones judiciales que constituyen la base de decisiones judiciales posteriores, al vincularlas. Hay dos aspectos de la vinculación ejercida por las decisiones de precedente: el alcance de la vinculación y la fuerza de la vinculación. El alcance se refiere al rango de decisiones que se ven afectadas por el precedente. La fuerza se refiere a las condiciones bajo las cuales un tribunal obligado por el precedente, puede ignorarlo. En este artículo se discuten y evalúan algunos modelos del alcance del precedente y se analiza la cuestión de su fuerza.

Palabras clave:

Precedente, toma de decisión judicial, consistencia, tribunales, jueces.

* Traducción de Sandra Gómora Juárez. Artículo publicado originalmente en inglés como "Judges as Rule Makers", en Douglas E. Edlin (ed.), *Common Law Theory*, Cambridge University Press, 2007. Derechos reservados, Cambridge University Press, 2007. La traductora agradece la autorización de Larry Alexander, Emily Sherwin y de la editorial de la Universidad de Cambridge para publicar esta traducción en la revista "Problema". Debo, además, un agradecimiento a Enrique Rodríguez, Karla Templos, Pedro Villarreal y Juan Vega por sus comentarios y sugerencias a las versiones previas de este texto, que fueron de gran ayuda para la presentación final del mismo.

LARRY ALEXANDER / EMILY SHERWIN

Abstract:

Precedents are judicial decisions that form the bases of further judicial decisions by constraining those decisions. There are two aspects to the constraints exerted by precedent decisions: the scope of the constraint and the strength of the constraint. The scope refers to the range of decisions that are affected by the precedent. The strength refers to the conditions under which a court can escape being bound by the precedent. Models of precedential scope are discussed and evaluated, and the question of strength is analyzed.

Keywords:

Precedent, Judicial decision making, Consistency, Courts, Judges.

LOS JUECES COMO CREADORES DE REGLAS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Consecuencias morales de las decisiones judiciales*. III. *Enfoques del precedente*. IV. *Las reglas de precedente reexaminadas*.

I. INTRODUCCIÓN

Generalmente, se entiende que las fuentes del derecho reconocidas por los tribunales del *Common Law* incluyen no solamente la legislación y las Constituciones, sino también las decisiones judiciales previas. Los abogados confían en los precedentes judiciales al aconsejar a sus clientes y los tribunales citan precedentes en sus opiniones. Aun así, lo que los tribunales hacen exactamente o deberían hacer con los precedentes es un problema sorprendentemente complejo.

En este artículo esbozaremos algunos enfoques competitivos sobre el papel adecuado que el precedente desempeña en la toma de decisión judicial y defenderemos uno de esos enfoques.¹ Nuestra posición es que sometidos a ciertos requisitos, los tribunales pueden servir mejor a los fines del sistema jurídico al considerar las reglas anunciadas en casos pasados como vinculantes. En otras palabras, los tribunales deben aplicar las reglas previamente anunciadas a casos presentes que están dentro de los términos de las reglas, aun cuando el mejor juicio del tribunal, *todos los elementos considerados*, apunte a un resultado diferente.²

Para defender este enfoque de las reglas de precedente adoptamos el punto de vista de una autoridad imaginaria

¹ En este artículo tratamos el problema del precedente “horizontal”, en el cual el tribunal precedente y el tribunal posterior son el mismo tribunal, o bien, son tribunales del mismo rango. Cuando una jerarquía de tribunales está situada dentro de un sistema jurídico, hay razones adicionales para la restricción por precedentes. Véase Alexander, Larry, “Precedent”, en Patterson, Dennis (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Reino Unido, Blackwell, 1996, p. 512.

² Hemos descrito y defendido este enfoque del precedente en obras anteriores. Véase Alexander, Larry y Sherwin, Emily, *The Rule of Rules: Morality, Rules and the Dilemmas of Law*, Estados Unidos, Duke University Press, 2001, pp. 137-156; Alexander, “Precedent”, *cit.*; Alexander, Larry, “Constrained by Precedent”, *Southern California Law Review*, California, vol. 63, núm. 1, 1989.

que está diseñando un sistema jurídico.³ Asumimos que los sujetos de este sistema jurídico comparten una serie de propósitos generales y valores morales, aunque no siempre coincidan sobre lo que estos propósitos y valores exigen en escenarios particulares.⁴ Por consiguiente, el fin fundamental del sistema jurídico y la razón de porqué sus sujetos han alistado nuestra autoridad imaginaria para diseñarla es resolver pacífica y correctamente las controversias que se plantean acerca de la mejor forma de cumplir propósitos y valores compartidos en el curso de la vida diaria.

Con estos supuestos en mente, consideramos en primer lugar las consecuencias inevitables de las decisiones judiciales previas. Después, exponemos las principales posturas sobre el precedente y defendemos un enfoque de orientación por reglas. Finalmente, tratamos algunos detalles y condiciones necesarias de nuestro enfoque preferido.

II. CONSECUENCIAS MORALES DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Asumimos que las decisiones judiciales en los sistemas jurídicos que estamos considerando son públicamente accesibles; no sólo los resultados específicos son una cuestión de registro, sino también la emisión de opiniones de los tribunales, en las cuales describen los hechos presentados y explican las razones para sus conclusiones. Dada esta forma de publicidad, un tribunal no puede ignorar de manera justificada decisiones judiciales previas, ya que las decisiones previas modifican el contexto de la toma de decisión.

³ Sobre la brecha en la perspectiva entre una autoridad gobernante que emite reglas e individuos que están sujetos a las reglas, véase Alexander y Sherwin, *The Rule of Rules...*, cit., pp. 53-95; Schauer, Frederick, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Estados Unidos, Oxford University Press, 1991, pp. 128-134. Definimos que los errores de coordinación en un sentido amplio, significan cualquier mala distribución de recursos u otro error en el cálculo de razones para la acción que resulta de la incertidumbre acerca de lo que otros harán.

⁴ Véase Alexander y Sherwin, *The Rule of Rules...*, cit., pp. 11-25. La sociedad imaginada está diseñada e idealizada para mostrar que esto aplica para reglas extremadamente difíciles.

LOS JUECES COMO CREADORES DE REGLAS

Las consecuencias más significativas de las decisiones judiciales caen bajo el título de confianza. La confianza se introduce al cuadro en varias formas. La más evidente: las partes de la controversia original deben conformar su comportamiento a los términos de la decisión. Los litigantes A y B, habiendo litigado un punto y acatado las órdenes de reparación del tribunal, no deben enfrentar la posibilidad de que su disputa sea reabierta.

Aparte del impacto inmediato sobre las partes, en un sistema de decisiones públicas, otros que observan los resultados de casos previos, tenderán a esperar decisiones consistentes en el futuro y, por consiguiente, ajustarán su comportamiento.⁵ Es probable que el actor C, cuyas actividades son semejantes a las actividades de A, mismas que fueron tratadas en *A versus B*, altere sus actividades si el tribunal en *A versus B* decidió de forma desfavorable hacia A. Por supuesto, la expectativa de consistencia de C es razonable sólo en el grado en el que los tribunales toman regularmente decisiones consistentes; si los tribunales regularmente desestiman casos previos, la confianza de C está fuera de lugar. Por lo tanto, el hecho de que terceras personas hayan confiado en ellas no es una razón independiente para que los tribunales se ajusten a decisiones pasadas.

Una sociedad que busca promover fines compartidos, no obstante, tiene razón de abrigar expectativas en la toma de decisiones consistente de los tribunales. Una fuente significativa de error moral —posiblemente la más significativa entre los individuos de buena voluntad— es la falta de coordinación.⁶ Un actor que desea actuar correctamente podría

⁵ Véase Perry, Stephen R., "Judicial Obligations, Precedent and the Common Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, Reino Unido, vol. 7, núm. 2, 1987, pp. 215, 248-250 (quien habla de las expectativas generadas por las decisiones judiciales).

⁶ Sobre el valor de la coordinación, véase, por ejemplo, Alexander y Sherwin, *The Rule of Rules... cit.*, pp. 56-59; Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, Nueva York, Oxford University Press, 1986, pp. 49 y 50; Schauer, *Playing by the Rules...*, *cit.*, pp. 163-166; Postema, Gerald J., "Coordination and Convention at the Foundation of Law", *Journal of Legal Studies*, Chicago, vol. 11, núm. 1, enero de 1982, pp. 165, 172-176; Regan, Donald H., "Authority and Value: Reflections on Raz's

estar imposibilitado para hacerlo así, si su mejor curso de acción depende de las acciones de otros cuyas elecciones no puede predecir. Si los méritos morales de las acciones de D son afectados por lo que hace C, entonces, más allá de qué tan acertado y motivado pueda estar D, él no puede decidir correctamente cómo proceder a menos que sepa lo que hará C. No obstante, si los tribunales resuelven consistentemente las disputas, D puede predecir que C observará las decisiones pertinentes y actuará de acuerdo a éstas. Por consiguiente, una práctica de toma de decisiones consistente que genera expectativas de consistencia sirve para reducir el error moral. Más aún, dada esta razón independiente para la consistencia judicial, las expectativas de los actores (como C) se vuelven razonables y una decisión que no logra satisfacerlas causará daño.

Otra razón usualmente citada a favor de la consistencia con decisiones pasadas es que al decidir consistentemente, los tribunales tratan de la misma manera a los litigantes.⁷ Si un tribunal decide a favor de B en la disputa de B contra A y posteriormente X hace a Y lo que A hizo a B, un tribunal que juzgue *X versus Y* debe decidir por Y para asegurar que A y X (así como B y Y) son tratados igual bajo la ley.

A pesar del atractivo superficial de este argumento, creemos que está equivocado. Una dificultad es que las circunstancias de las disputas nunca son idénticas. En otras palabras, el argumento no es realmente un argumento para el tratamiento igual sino un argumento para el mismo tratamiento en casos que son considerados, por algunas razones sustantivas, relevantemente similares. Si esas razones garantizaron la decisión para B y si esas razones favorecen a Y en igual o mayor grado, entonces el tribunal debe, en efecto, decidir por Y. Pero noten que en esta explicación son las ra-

Morality of Freedom”, *Southern California Law Review*, California, vol. 62, 1989, pp. 995, 1006-1010.

⁷ Véase, por ejemplo, Greenwalt, Kent, “How Empty is the Idea of Equality?”, *Columbia Law Review*, Nueva York, vol. 83, 1983, pp. 1167, 1170-1171; Moore, Michael, “Precedent, Induction, and Ethical Generalization”, en Goldstein, Laurence (ed.), *Precedent in Law*, Oxford, Oxford University Press, 1987, p. 183.

zones sustantivas en el caso de Y las que están haciendo el trabajo, no la equidad.

En algunas ocasiones, por supuesto, el caso de cada una de las partes es igualmente meritorio, de modo que un tribunal que decide por una de las partes o por la otra, simplemente está eligiendo un resultado para terminar la disputa. En tales casos, la decisión es esencialmente una elección distributiva y la igualdad — o más precisamente, la justicia comparativa— puede tener alguna relación. No obstante, si hay relativos méritos morales a tratar en la disputa entre X y Y, de modo que una de las partes merezca una decisión a su favor más que la otra, no logramos ver cómo la igualdad puede justificar tratar a una parte en una forma que, por lo demás, no merece. El argumento para el trato igual de A y X surge sólo cuando el segundo tribunal —el tribunal que juzga a X— cree que el primer tribunal estuvo equivocado y que A debió haber ganado. El segundo tribunal puede tener razón en detenerse y considerarlo antes de llegar a esta conclusión. Asumiendo, sin embargo, que el segundo tribunal está seguro y es acertado, el hecho de que el primer tribunal decidió erróneamente contra A no es en sí mismo —aparte de las consideraciones de confianza— una razón para que el segundo tribunal cometa una equivocación similar contra X.⁸ Irónicamente, si el tratamiento igual impusiera sobre los tribunales una exigencia moral para decidir los casos presentes de acuerdo con las decisiones pasadas erróneas, la moralidad a su vez, cambiaría con el tiempo en la dirección de lo que, de otro modo, sería inmoralidad.

Las diversas consideraciones que hemos descrito en esta sección —confianza y, para aquéllos que rechazan nuestras conclusiones acerca del tratamiento igual, igualdad— son

⁸ Véase Coons, John E., “Consistency”, *California Law Review*, vol. 75, núm. 59, 1987, pp. 102-107; Para más críticas generales sobre la igualdad como una idea moral, véase Westen, Peter, *Speaking of Equality: An Analysis of the Rhetorical Force of “Equality”*, *Moral and Legal Discourse*, Estados Unidos, Princeton, Princeton University Press, 1990, pp. 119-123; Peters, Christopher J., “Equality Revisited”, *Harvard Law Review*, Massachusetts, vol. 110, 1997, p. 1210.

razones de porqué los tribunales deberían tomar en cuenta las decisiones pasadas al razonar sobre casos presentes. No son necesariamente razones de porqué los tribunales deberían seguir el precedente, en el sentido de alcanzar un resultado que sea consistente con las decisiones precedentes, sino que a través de su mejor valoración, *todos los elementos considerados*, el tribunal difiere del precedente al estudiar los méritos del caso presente. En otras palabras, confianza e igualdad no son razones para tratar a las decisiones previas como *autoritativas*. Ellas simplemente representan el impacto moral de decisiones previas sobre el mundo.

III. ENFOQUES DEL PRECEDENTE

Comenzamos por describir dos modelos del precedente —el modelo natural y el modelo de reglas— e identificar los defectos inherentes a cada uno. De estos, creemos que el modelo de reglas producirá mejores decisiones a largo plazo que el modelo natural. Después, tomamos diferentes modelos alternativos del precedente que intentan imponer restricción pero también permiten a los tribunales modificar o ignorar reglas cuando éstas producen resultados desafortunados. En nuestra opinión, ninguna de estas alternativas es exitosa.

1. *El Modelo natural del precedente*

Un enfoque del precedente sostiene que los tribunales deben dar a las decisiones previas cualquier peso moral que intrínsecamente tengan en un proceso de razonamiento *todos los elementos considerados*.⁹ En otras palabras, los tri-

⁹ Michael Moore se puede leer adoptando esta postura. Véase Moore, “Precedent, Induction, and Ethical Generalization”, *cit.*, p. 210 (“uno ve que el *Common Law* no es otra cosa que lo moralmente correcto, todos los elementos considerados, con la variante de que entre esos elementos considerados se encuentran partes muy importantes de historia institucional que pueden desviar considerablemente el *Common Law* de lo que sería moralmente ideal”). No obstante, Moore también ex-

bunales deben tomar en cuenta las expectativas razonables de los actores, incluyendo las expectativas que partes anteriores a ellos pudieran haberse formado sobre la base de decisiones previas y las expectativas de sujetos ajenos a las partes que han planeado sus actividades en torno a decisiones pasadas y esperan, razonablemente, consistencia en el futuro. Los tribunales deben tomar en cuenta también el interés social en promover actividades que dependen de las expectativas de consistencia judicial y de la capacidad de las decisiones consistentes para reducir el error al proporcionar coordinación (como dijimos, no creemos que el tratamiento igual proporcione una razón adicional para la consistencia con decisiones pasadas; pero para aquéllos que estén en desacuerdo con nosotros sobre esto, el tratamiento igual también se pondera en el balance). Este proceso de razonamiento, sin embargo, nunca resulta en una opinión que difiera de la propia conclusión del tribunal acerca de cuál decisión es mejor *todos los elementos considerados*, tomando en cuenta los efectos del pasado. Las decisiones pasadas del tribunal no son autoritativas. Ellas no tienen efecto sobre las decisiones actuales además de sus consecuencias moralmente relevantes (confianza e igualdad) y, quizá, su valor epistémico.

Si los jueces fueran pensadores perfectos que operan con información perfecta, este razonamiento moral particularista, *todos los elementos considerados*, sería tanto ideal como moralmente obligatorio (en adelante, nos referiremos a este tipo de razonamiento como “razonamiento moral TEC”). Investir autoridad en los precedentes además de su peso moral natural, sólo podría desplazar o distorsionar un juicio correcto. De hecho, no obstante, es seguro que los jueces, se equivoquen como cualquier pensador. De esto se sigue que el razonamiento moral TEC, ejecutado imperfectamente, producirá un buen número de resultados imperfectos.

presa simpatía, al menos procedimentalmente, con el modelo de principios descrito más abajo. *Ibidem*, p. 201.

Adicionalmente a la falta de información y errores ordinarios de juicio, los tribunales son especialmente propensos a equivocarse al juzgar el valor de proteger y fomentar la confianza en decisiones pasadas. Los jueces razonan en el contexto de disputas particulares. En cualquier caso, la situación de las partes ante el tribunal será más sobresaliente que las expectativas de actores remotos o los beneficios generales de un acuerdo.¹⁰ Como resultado, las decisiones judiciales pueden fallar en proporcionar una base adecuada para la coordinación.

2. *El modelo de reglas del precedente*

Una alternativa al razonamiento moral TEC al decidir casos, es tratar las reglas anunciadas en opiniones pasadas como “reglas serias”.¹¹ Una regla seria, como nosotros utilizamos el término, es una prescripción aplicable a una variedad de casos, que ejerce autoridad preventiva sobre los tomadores de decisión.¹² Bajo el dominio de una regla precedente, se espera que los tribunales se abstengan del razonamiento moral TEC. La función del tribunal es identificar

¹⁰ Véase Tversky, Amos y Kahneman, Daniel, “Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability”, en Kahneman, Daniel, Slovic, Paul y Tversky, Amos (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, Estados Unidos, Cambridge University Press, 1982, pp. 163-165, 174-178 (donde demuestran que el razonamiento humano es afectado por una predisposición a favor de hechos sobresalientes).

¹¹ Véase Alexander y Sherwin, *The Rule of Rules...*, cit., pp. 145-148 (en el que respaldan un modelo de reglas); Schauer, *Playing by the Rules...*, cit., pp. 185-187 (donde respalda un modelo de reglas); Alexander, “Constrained by Precedent”, cit. (quien encuentra un modelo de reglas superior a las alternativas); véase también Eisenberg, Melvin Aron, *The Nature of the Common Law*, Estados Unidos, Harvard University Press, 1988, pp. 52-55, 62-76 (en el que sugiere que los tribunales generalmente aceptan el modelo de reglas del precedente, aunque asocia este modelo con una visión más amplia de los poderes anulatorios).

¹² Acerca de la naturaleza esencial de las reglas, véase Alexander y Sherwin, *The Rule of Rules...*, cit., pp. 26-35, Raz, Joseph, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, Reino Unido, Oxford University Press, 1979, pp. 21, 22, 30-33; Schauer, *Playing by the Rules...*, cit., pp. 4-6, 38-50, 121 y 122. Si es racional o incluso psicológicamente posible seguir reglas de esta forma, es otra cuestión.

la regla aplicable (si la hay) a la disputa que le ocupa, deducir el resultado prescrito por la regla y decidir en correspondencia. Si es racional para los tribunales aplicar reglas de esta forma es otra cuestión; asumimos que racionalmente o no, los tribunales son capaces de implementar un modelo de reglas de precedente.¹³

La identificación de reglas aplicables, por supuesto, implica interpretación. Nosotros asumimos que la interpretación, para este propósito, significa discernir la intención del tribunal que anunció la regla.¹⁴ En efecto, una comprensión del precedente orientada por reglas, otorga autoridad a los tribunales previos para resolver disputas futuras al anunciar reglas. Esta autoridad de la resolución, a su vez, implica que la decisión deseada por el primer tribunal es la decisión que será adoptada, sin mayor aportación de posteriores aplicadores de la regla.

La autoridad preventiva de reglas serias también implica que si dos reglas entran en conflicto de modo que no puede ser resuelto por interpretación, una regla debe ser revisada o anulada. Las reglas serias no pueden ser ponderadas una contra otra en contexto; solo pueden ser obedecidas o rechazadas. Por otra parte, las reglas de precedente serias no proporcionan un cuerpo de derecho completo, capaz de resolver cada caso que pueda surgir. Volveremos después so-

¹³ Véase Hurd, Heidi M., "Challenging Authority", *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, p. 1011 (en el cual rechaza la posibilidad de que las reglas puedan reemplazar al razonamiento); Johnston, Jason Scott, "Rules and the Possibility [of] Social Coordination", en Meyer, Linda Ross, (ed.), *Rules and Reasoning: Essays in Honour of Fred Schauer*, Reino Unido, Hart Publishing, 1999, p. 109 (donde presenta un análisis económico acerca de seguir reglas); Moore, Michael S., "Authority, Law and Razian Reasons", *Southern California Law Review*, California, vol. 62, 1989, núms. 3 y 4, pp. 827, 873-883 (en el que rechaza la capacidad de las reglas de excluir razones para la acción, pero sugiere que los actores pueden limitar su deliberación); Shapiro, Scott J., "Rules and Practical Reasoning" (disertación de doctorado no publicada, Universidad de Columbia), 1996, pp. 138-206 (en la que sugirió que los pensadores individuales pueden comprometerse a sí mismos a cumplir con las reglas).

¹⁴ Hemos defendido extensamente este supuesto en otros sitios. Véase Alexander y Sherwin, *The Rule of Rules...*, *cit.*, pp. 96-122 (apoyados en una concepción de intención que incluye intenciones incipientes, pero no hipotéticas).

bre la cuestión de cómo debería proceder un tribunal cuando ninguna regla previa resuelve el caso que le ocupa.

La toma de decisión conforme a reglas establecidas en casos pasados es intrínsecamente inferior al *perfecto* razonamiento moral TEC.¹⁵ Una dificultad es la generalidad de las reglas: la regla A dicta un resultado particular en toda una variedad de casos identificados por el predicado de la regla. Lo más que se puede esperar de una regla general es que, en conjunto, ocurran menos errores (o sean menos graves) si la regla es universalmente seguida, de los que ocurrirían si todas las personas sujetas a la regla actuaran mediante su mejor juicio, empleando el razonamiento moral TEC. Una regla puede satisfacer este criterio de mejoramiento general a partir de un razonamiento no restringido—calificándose de este modo como una regla sólida y deseable— y, sin embargo, generar un resultado erróneo en algunos de los casos que rige. Esta consecuencia es inevitable; no puede ser evitada al excluir aquellos casos en los cuales la regla produce un resultado incorrecto porque cualquiera encargado de identificar los casos excepcionales está sujeto a los mismos errores de juicio personal que la regla está diseñada a prevenir. En otras palabras, habrá casos en los cuales buenas reglas de precedente produzcan malos resultados.

Adicionalmente, un enfoque del precedente que trate las reglas anunciadas en casos previos como vinculantes para tribunales posteriores puede consolidar reglas que son sustantivamente indeseables, esto es, indeseables además de su necesaria sobre y sub-inclusividad. Las reglas pueden fracasar al desarrollarse sobre razonamiento moral TEC irrestricto, ya sea porque fueron erróneamente concebidas desde el principio o porque las circunstancias cambiantes las han vuelto obsoletas. A menos que la autoridad de tal regla sea limitada de alguna forma, ésta permanecerá, no

¹⁵ Véase Schauer, *Playing by the Rules...*, *cit.*, pp. 49-50 (donde discute el afianzamiento así como la sobre-incluyente y sub-incluyente naturaleza de las reglas).

obstante, como un precedente que reemplaza el razonamiento moral TEC del tribunal.

Además, la naturaleza de la adjudicación plantea riesgos especiales de que las reglas asentadas en las opiniones judiciales no satisfarán el criterio de beneficio neto. Los tribunales anuncian reglas durante la resolución de disputas particulares. Evidencia, argumentos y mentes de los jueces están en consonancia con los hechos que les ocupan, mientras que otras situaciones cubiertas por reglas potenciales permanecen comparativamente oscuras.¹⁶ Como resultado, los tribunales no son creadores ideales de reglas.

Teniendo estas dificultades en mente, creemos, no obstante, que un sistema autoritativo de reglas producirá mejores resultados que un sistema de razonamiento moral TEC. Hemos advertido que los individuos tienden a confiar en las decisiones judiciales, y más importante aún: que si los tribunales protegen la confianza alcanzando decisiones consistentes a lo largo del tiempo, todos los actores obtendrán los beneficios de la coordinación. Permitir a los tribunales establecer reglas autoritativas contribuye en dos formas a la protección de la confianza. Primero, la generalidad de las reglas aumenta el alcance de lo que ha sido formalmente asentado. Segundo, la autoridad preventiva de reglas de precedente asegura que la confianza no será subvalorada en futuras tomas de decisiones. El razonamiento moral TEC, perfectamente ejecutado, toma en cuenta la necesidad de proteger y fomentar la confianza; sin embargo, como hemos observado, los tribunales enfocados en disputas concretas pueden perder de vista consideraciones remotas de este tipo. El reemplazo del razonamiento natural dentro del ámbito de las reglas de precedente elimina ese peligro.

Muchos otros beneficios prácticos se siguen de una resolución más amplia hecha posible por las reglas de precedente y de las restricciones que las reglas autoritativas establecen sobre los tribunales. Las reglas consolidadas pueden reducir el costo de la toma de decisión judicial y al

¹⁶ Véase Tversky y Kahneman, "Availability...", *cit.*

menos en algunas circunstancias fomentar los acuerdos privados.¹⁷ Al limitar la discreción, las reglas de precedente reducen también las oportunidades para la parcialidad en la toma de decisión y por consiguiente, incrementan la confianza pública en la imparcialidad de los tribunales.¹⁸

En general, sin embargo, consideramos que las reglas autoritativas de precedente son, o al menos tienen la capacidad de ser superiores al razonamiento moral TEC caso por caso. Otra forma de decir esto es que aunque las reglas de precedente vinculantes conducirán a errar a algunos tribunales, cuando de otro modo no lo harían, una autoridad que supervisa el sistema judicial en su totalidad y observa el índice de error en el razonamiento moral TEC caso por caso, preferiría que todos los tribunales obedecieran las reglas de precedente. Nuestra conclusión está sujeta a refinamientos que serán discutidos más adelante. Primero, no obstante, debemos considerar si algún otro enfoque del precedente, menos rigurosamente preventivo del razonamiento judicial, puede proporcionar un compromiso útil entre razonamiento moral TEC caso por caso y reglas.

3. Alternativas

Tribunales y teóricos han rechazado un enfoque estricto del precedente basado en reglas por diferentes razones.¹⁹

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Véase Hart Jr., Henry M. y Sacks, Albert M., *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*, en Eskridge Jr., William N. y Frickey, Philip P. (eds.), Nueva York, Foundation Press, 1994, p. 568.

¹⁹ Véase Summers, Robert S., "Precedent in the United States (New York State)", en McCormick, D. Neil y Summers, Robert S. (eds.), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Reino Unido, Dartmouth-Ashgate, 1997, pp. 378-394, 401-404 (quien revisa las actitudes y prácticas variables de jueces americanos en los Estados Unidos, con ejemplos del Tribunal de Apelaciones de Nueva York). Algunas opiniones americanas características del siglo XXI acerca del precedente se pueden encontrar en Cardozo, Benjamin N., *The Nature of Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921; Hart y Sacks, *The Legal Process...*, *cit.*, pp. 545-96; Levi, Edward H., *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, University of Chicago Press, 1949, pp. 1-6; Llewellyn, Karl N., *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*, Nueva York, Oceana Publishing, 1960, pp. 66-69, 186-189; "Confe-

LOS JUECES COMO CREADORES DE REGLAS

Como ya fue expuesto, las reglas serias limitan la toma de decisión moral particularizada por los tribunales, restringiendo su capacidad para corregir resultados erróneos e injustos. Las reglas también son un obstáculo para la innovación jurídica.²⁰ Finalmente, un enfoque del precedente basado en reglas designa a los tribunales como creadores de reglas y contradice así el supuesto tradicional de que lo que hacen los tribunales es aplicar el derecho más que crearlo.²¹

Estas inquietudes han conducido a una variedad de descripciones alternativas del papel del precedente en la toma de decisión, en las cuales las decisiones previas restringen a tribunales posteriores pero no reemplazan el razonamiento judicial y la innovación. Las posturas de compromiso de este tipo han sido adoptadas ampliamente, en formas discrepantes. Para propósitos de discusión, las dividimos burdamente en dos grupos: enfoques del precedente basados en resultados y enfoques del precedente basados en la coherencia. En nuestra opinión, ningún grupo produce un

rence: The Status of the Rule of Judicial Precedent”, *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, vol. 14, 1940, p. 203 (en la cual la mayoría de los participantes coinciden en que la doctrina del precedente no requiere una estricta adherencia a las reglas de precedente).

En el siglo XIX, la Cámara de los Lores aprobó lo que pareció ser un modelo de reglas del precedente. *Beamish vs. Beamish*, (1861) 9 HLC 274; *London Tramways vs. London County Council*, [1898] AC 375. Sin embargo, la Cámara distinguió casos frecuentemente (una práctica que discutimos más adelante) y finalmente abandonó su posición. Véase Bankowski, Zenon, MacCormick, D. Neil y Marshall, Geoffrey, “Precedent in the United Kingdom”, en MacCormick y Summers, *Interpreting Precedents...*, *cit.*, p. 326. El enfoque inglés había sido muy criticado como una fuente de rigidez, injusticia, inconsistencia y falsa interpretación. Véase por ejemplo Hart y Sacks, *The Legal Process...*, *cit.*, p. 575 (preguntándose de la Cámara de los Lores: “¿Ha cumplido su misión histórica como la voz de razón jurídica en el mundo angloamericano o se ha convertido en el prisionero degradado y distinguidor chapucero de sus propios precedentes?”).

²⁰ Véase Levi, *An Introduction...*, *cit.*, p. 2 (el cambio en reglas de caso a caso es “la cualidad dinámica indispensable del derecho”).

²¹ Véase Simpson, A. W. B., “The *Ratio Decidendi* of a Case and the Doctrine of Binding Precedent”, en Guest, A. G. (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, Nueva York, Oxford University Press, 1961, pp. 148, 160-163, 167; Simpson, A. W. B., “The Common Law and Legal Theory”, en Simpson, A. W. B., (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Oxford, Oxford University Press, 1973, pp. 77, 84-86.

compromiso efectivo entre razonamiento moral TEC y reglas de precedente.

A. *El modelo de resultados del precedente*

En su forma más típica, lo que hemos llamado el modelo de resultados del precedente, reconoce decisiones previas como vinculantes pero también permite a los tribunales distinguir casos precedentes que difieren en cuanto a los hechos, de los casos ante ellos.²² Este enfoque del precedente es atractivo porque parece acomodar la evolución del derecho dentro de un esquema de restricción. Los tribunales deben tratar las decisiones previas como correctas y obtener resultados análogos cuando se enfrenten con problemas semejantes. Cuando los precedentes son distinguibles, sin embargo, el tribunal posterior es libre de obtener resultados contrarios, aun cuando las opiniones previas establezcan una regla que parece regir la controversia posterior y demanden un resultado diferente. No es sorprendente que esta opinión del precedente fuera popular entre los realistas jurídicos americanos, quienes buscaron liberar el razonamiento jurídico de lo que ellos veían como una preocupación artificial sobre reglas doctrinales.²³

²² Este enfoque del precedente es defendido analíticamente en Raz, *The Authority of Law...*, cit., pp. 183-189; Horty, John F., "The Result Model of Precedent", *Legal Theory*, Reino Unido, vol. 10, núm. 1, 2004, p. 19; Lamond, Grand, "Precedent as decision" (manuscrito inédito en archivo del autor). Véase también Burton, Steven, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, 2a. ed., Boston, Little Brown and Co., 1995, pp. 27-41 (quien defiende el razonamiento analógico a partir de resultados); Levi, *An Introduction...*, cit., pp. 1-19 (lo mismo).

²³ Véase por ejemplo, Levi, *An Introduction...*, cit., pp. 1-19; Llewellyn, *The Bramble Bush...*, cit., pp. 72-75 (quienes argumentan que los tribunales son libres para maximizar el efecto de una decisión previa, aplicando una regla establecida, o para minimizar su efecto, distinguiendo casos con hechos diferentes, como ellos deseen). Véase en general, Leiter, Brian, "American Legal Realism", en Golding, Martin P. y Edmundson, William A., (eds.), *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Reino Unido, Blackwell, 2005. Leiter aclara que los realistas jurídicos no fueron uniformemente hostiles hacia las reglas, sin embargo, tenían en común la creencia de que las reglas jurídicas existentes fracasaban al restringir las decisiones judiciales y ocultaban las consideraciones que de hecho influenciaban a los jueces.

La práctica de distinguir precedentes es frecuentemente caracterizada como una forma acreditada de seguir reglas. Las reglas establecidas por tribunales previos son autoritativas, excepto que los tribunales posteriores pueden modificarlas reduciendo su alcance. En otras palabras, el tribunal posterior concibe una nueva versión de la regla que respalda el resultado del caso precedente pero excluye el caso posterior basado en algún hecho crítico nuevo.²⁴

Supongamos, por ejemplo, que el caso precedente (*P*) involucró hechos de los tipos *a*, *b*, *c*, *d*, y *e*. El tribunal que preside sobre *P* obtuvo el resultado *X* y anunció una regla, “Si *a*, *b* y *c*, entonces *X*”. Los hechos *d* y *e* fueron mencionados pero no discutidos. Después, surge un nuevo caso *N* que involucra hechos de los tipos *a*, *b*, *c*, *d* y *f*. El tribunal posterior podría distinguir su caso al observar que involucra el nuevo hecho de tipo *f* y reformular la regla de precedente como “Si *a*, *b* y *c* y no *f*, entonces *X*”. O bien, podría distinguir su caso al observar que éste no involucra el hecho tipo *e* y reformular la regla como “Si *a*, *b*, *c* y *e*, entonces *X*”.²⁵

De hecho, no obstante, la referencia a reglas es desconcertante porque bajo el enfoque que ahora estamos discutiendo, las reglas establecidas en casos previos no representan en realidad ningún papel en el razonamiento de tribunales posteriores. Ninguna regla de precedente puede ser suficientemente determinada para dictar resultados y a la vez, suficientemente comprensiva para abarcar todas las circunstancias de cualquier disputa dada. De esto se sigue que cada nuevo caso presentará algún hecho que no está especificado por el predicado de la regla de precedente y

²⁴ Por ejemplo, Raz trata la práctica de distinguir precedentes como una práctica de modificar reglas de precedente. En consecuencia, él impone dos condiciones: (1) la regla modificada debe ser la regla establecida en el precedente, restringida por la adición o una condición mayor para su aplicación; (2) la regla modificada debe ser tal que justifique el orden impuesto en el precedente. Raz, *The Authority of Law...*, *cit.*, p. 186.

²⁵ Este formato está tomado burdamente de Raz. Véase *The Authority of Law...*, *cit.*, pp. 183-189, Raz es cuidadoso al distinguir entre los *hechos* de casos, por ejemplo, *a*, *b* y *c*, y los *tipos de hechos* identificados en las reglas, por ejemplo *A*, *B* y *C*.

que, por consiguiente, puede servir como un hecho distintivo.²⁶ Si cada tribunal posterior es libre de distinguir cada regla de precedente, entonces la autoridad de las decisiones precedentes, si la hay, debe radicar en sus hechos y resultados, no en alguna regla anunciada por el tribunal precedente.²⁷ Al distinguir una decisión previa, el tribunal posterior simplemente está comparando el conjunto de hechos *a*, *b*, *c*, *d* y *e* con el conjunto de hechos *a*, *b*, *c*, *d* y *f*. Si los dos conjuntos difieren, como inevitablemente lo harán, el nuevo caso puede ser distinguido y la regla de precedente ignorada. De ahí nuestra descripción de esta forma de razonamiento judicial como el “modelo de resultados” del precedente.

Este enfoque del precedente, sin embargo, suscita la cuestión de si los resultados —resultados en el contexto de hechos particulares— pueden de hecho proporcionar alguna restricción sobre decisiones posteriores. La forma más plausible de restricción por resultados es un efecto *a fortiori*: si las razones para el resultado alcanzado por el tribunal precedente son al menos tan fuertes en el contexto del caso posterior como lo fueron en el contexto del caso precedente, entonces el tribunal posterior debe obtener un resultado análogo, a pesar de su creencia de que, en ausencia del

²⁶ Véase por ejemplo, Llewellyn, *The Bramble Bush...*, *cit.*, pp. 72-73 (“Esta regla sólo se aplica a las personas pelirrojas que manejan coches color rosa marca Buick.”).

Raz intenta evitar esta conclusión sosteniendo que la nueva regla debe ser una versión restringida de la regla de precedente y debe *justificar* el resultado del caso precedente; no es suficiente que la nueva regla sea simplemente *compatible* con el resultado del caso precedente. El ejemplo que proporciona Raz es que si el caso precedente anunció una regla “si *A*, *B* y *C*, entonces *X*” sobre hechos de los tipos *a*, *b*, *c*, *d* y *e*, un tribunal posterior que adjudique hechos de los tipos *a*, *b*, *c*, *d*, *f* y *e* no podría adoptar una regla distintiva “si *A*, *B*, *C* y *E* entonces *X*”, pero no podría adoptar una regla “si *A*, *B*, *C* y no *D*, entonces *X*”. Raz, *The Authority of Law...*, *cit.*, pp. 186 y 187. Raz agrega, sin embargo, que el tribunal posterior podría adoptar legítimamente una regla distintiva si *A*, *B*, *C* y no *F*, entonces *X*. *Ibidem*, p. 187. Nuestro punto es que siempre habrá una *F*. Raz establece también que el tribunal debe “adoptar sólo esa modificación que perfeccionará, mejor la regla,” pero esta advertencia es demasiado vaga para restringir. Agrega además que “usualmente [una] regla modificada puede ser justificada sólo mediante un razonamiento muy similar al que justifica la regla original”; sin embargo, no aclara porqué esto es así. *Idem*.

²⁷ Véase Horty, “The Result Model of Precedent”, *cit.*, p. 21.

precedente, el resultado es incorrecto. En otras palabras, los precedentes son distinguibles solo cuando las razones para el resultado precedente son más débiles en el caso posterior que en el caso precedente.²⁸ El razonamiento *a fortiori* sufre de un buen número de dificultades, tanto en su ejecución como en sus efectos sistémicos.

Para determinar si un caso nuevo presenta razones más débiles o más fuertes para un resultado particular que un caso previo, el tribunal tiene que asignar pesos —y con ello, los resultados hacia los cuales se inclinan esos pesos— a los diversos hechos presentes en cada caso.²⁹ Una dificultad inicial es que el acceso del tribunal a los hechos del caso precedente está limitado a la descripción proporcionada por el tribunal precedente. Supongamos, por ejemplo, que la opinión en el caso precedente establece sólo que el demandante fue lesionado mientras manejaba un automóvil fabricado por el acusado y aprueba una sentencia a favor del acusado. Si, en casos futuros, los tribunales se sienten obligados a seguir el precedente y desestiman todas las demandas de conductores lesionados contra fabricantes de automóviles, entonces un tribunal precedente inteligente (o un tribunal precedente irreflexivo) habrá tenido un impacto poderoso sobre casos futuros, simplemente por minimizar su descripción de los hechos.³⁰

²⁸ Para una defensa de la validez del razonamiento *a fortiori* dentro de ciertos límites, véase Harty, “The Result Model of Precedent”, *cit.* Para crítica, véase Alexander, “Constrained by Precedent”, *cit.*, pp. 29 y 30.

²⁹ Véase Harty, “The Result Model of Precedent”, *cit.*, pp. 23-7 (presentando el razonamiento *a fortiori* con una serie de ecuaciones basadas en las “polaridades” de hechos). El análisis en los párrafos siguientes rastrea argumentos presentados en Alexander, “Constrained by Precedent”, *cit.*, pp. 34-37, 42-44.

³⁰ Harty señala que el efecto de una descripción libre difiere del efecto de una regla. Por ejemplo, un tribunal precedente menciona los hechos a (tendientes a favor del demandante), b (tendientes a favor del acusado) y c (tendientes a favor del acusado) y decide a favor del demandante. También anuncia una regla, “si a, b y c, decidir a favor del demandante”. Después surge un caso que involucra los hechos a, b, c y d (tendientes a favor del acusado). Este nuevo caso está cubierto por la regla precedente, pero no es un caso *a fortiori* basado sobre el resultado precedente. Harty, “The Result Model of Precedent”, *cit.*, pp. 28-29. Así, según este entendimiento de la decisión precedente, el modelo de resultados no se confunde con el

Lo más probable, no obstante, es que los tribunales posteriores asumirán que los hechos no mencionados por el tribunal precedente no estuvieron presentes y por lo tanto califican como base para distinguir el caso nuevo.³¹ Si es así, la restricción impuesta por el caso precedente es mínima, cuando no ilusoria. Hemos observado que un tribunal posterior casi siempre puede identificar algún hecho acerca de su propio caso que no aparece en el expediente del caso precedente.³² Dado lo anterior, por definición, el tribunal posterior considera que la decisión precedente estaba equivocada e incluso es muy probable concluir que estos nuevos hechos inclinan la balanza a favor de un nuevo resultado. Por ejemplo, una opinión precedente puede revelar que el demandante fue lesionado cuando un automóvil comercializado con llantas defectuosas colapsó sobre la carretera. En un caso posterior, el demandante es lesionado cuando un automóvil costoso comercializado con llantas defectuosas colapsa sobre la carretera. Si el tribunal precedente decidió a favor del acusado y el tribunal posterior desea decidir a favor del demandante, el tribunal posterior sólo necesita asumir que el hecho “costoso” no existió en el caso precedente porque la opinión precedente no lo mencionaba.

Este efecto podría ser moderado al aplicar una noción de relevancia: el precio del automóvil simplemente no es relevante para el resultado del caso. Aun así, es difícil ver cómo un tribunal pueda tomar esta determinación de relevancia sin referirse a algún *parámetro* por el cual la relevancia sea calculada. Ese parámetro podría ser una *regla* jurídica no expresada, hallada en los casos precedentes: el precio de los automóviles es irrelevante de acuerdo con la regla de que el deber de cuidado no varía con el precio. Se supone, sin embargo, que un enfoque del precedente basado en resultados, opera sin la ayuda de reglas. De otra manera, éste

modelo de reglas, pero si permite al tribunal precedente controlar un amplio rango de casos futuros al delimitar su exposición de los hechos.

³¹ Raz propone que los tribunales posteriores pueden asumir que los hechos no mencionados no estuvieron presentes. Raz, *The Authority of Law...*, cit., p. 187.

³² Véase nota 26 y el texto que la acompaña.

es meramente una versión del modelo de reglas del precedente que utiliza tanto reglas implícitas como reglas explícitas halladas en casos precedentes (discutimos el uso de reglas implícitas en la sección III.1).

Alternativamente, el tribunal podría emplear como su parámetro de relevancia algún *principio* que extraiga de casos pasados tomados como un todo. Esta alternativa es el “modelo de principios” que discutimos en la siguiente subsección, así que aplazaremos nuestras críticas de este modelo hasta entonces. Aquí basta decir que, si el modelo de principios fracasa, como sostenemos que lo hace y el modelo de resultados no es meramente una versión del modelo de reglas que admite consideración de reglas implícitas, entonces el modelo de resultados carece de los parámetros de relevancia necesarios para que los precedentes restrinjan a tribunales subsecuentes.

Un segundo acertijo consiste en lo que significa exactamente decir que un hecho apunta hacia un resultado particular. Presumiblemente, un hecho apunta hacia un resultado judicial particular cuando una decisión a favor de una parte u otra, dado el hecho, produciría bien en el mundo o estaría conforme a un principio considerado correcto. Tomar esta determinación no es una tarea simple. El tribunal debe involucrarse en un proceso de razonamiento complejo (¿es justo y eficiente apoyar expectativas superiores de seguridad en los consumidores que pagan altos precios?) o referirse de nuevo a una regla no expresada (el deber de cuidado varía o no varía con el precio). Si excluimos la posibilidad de referirse a reglas, se sigue que el modelo de resultados del precedente no reducirá significativamente los errores del razonamiento natural.

Asumiendo que el tribunal tiene acceso a una útil colección de hechos y puede asignar tendencias a esos hechos, persiste todavía el problema del peso. Para comparar la fuerza de hechos diferentes a favor o contra un resultado, el tribunal debe emplear una métrica que asigne peso a los hechos en una divisa común. Si no hay tal métrica, esto es,

si los diversos hechos, clave de múltiples principios y políticas no son léxicamente ordenados o reductibles a un principio común maestro, entonces la comparación no es posible.³³

Si hay una métrica común como utilidad o igual bienestar, cuando un caso es controlado por otro, la determinación se convierte en meramente cuantitativa. El cálculo de peso es ahora posible en principio, pero precedentes incorrectos producirán resultados perniciosos. Supongamos, por ejemplo, que medimos los efectos de los resultados judiciales por el número de *utilidades* que producen. En un caso precedente, un tribunal decidió erróneamente a favor del acusado, cuando una decisión a favor del demandante —dado el conjunto de hechos pertinentes— habría producido diez *utilidades* más. El análisis *a fortiori* sugiere que de este punto en adelante, los tribunales deben decidir a favor del acusado en *todos* los casos en los cuales el balance de la utilidad favorezca al demandante por diez o menos *utilidades*, sin importar cuán desvinculados puedan parecer los casos. De esta forma, un caso de daños y perjuicios puede ser un precedente para un caso de contrato que no tiene semejanza alguna con él en absoluto.

Bajo un modelo de resultados que aplica una métrica común para la comparación de casos, las consecuencias de decisiones incorrectas son sistémicas. Supongamos que un tribunal precedente decidió incorrectamente que la serie de hechos *a*, que favorecía al demandante, pesaba más que la

³³ Harty sostiene que los precedentes pueden tener un efecto *a fortiori* en la ausencia de una métrica para comparar el peso de diferentes hechos. Específicamente, si un caso precedente es decidido a favor del demandante y si todos los hechos que apoyaron al demandante en el caso precedente están presentes en un caso posterior *y* todos los hechos que apoyan al acusado en el caso posterior estuvieron presentes en el caso precedente, entonces el caso posterior se sigue *a fortiori* del caso precedente. Harty, “The Result Model of Precedent”, *cit.*, pp. 23 y 24. Esto parece correcto pero la restricción proporcionada por el precedente es mínima. Todo lo que se necesita para liberar al tribunal posterior para decidir como mejor considere, es un solo hecho nuevo en apoyo del acusado. Además, Harty admite que dentro del limitado alcance de la restricción por precedentes, los precedentes inconsistentes podrían conducir a casos que están *a fortiori* a favor tanto del demandante como del acusado. *Ibidem*, p. 26.

serie de hechos *b*, que favorecía al acusado. Surge un nuevo caso que involucra la serie de hechos *x* por el demandante y la serie de hechos *y* por el acusado y el tribunal decide que *y* pesa más que *x*. El tribunal podía, no obstante, estar obligado a decidir a favor del demandante si *x* pesa más que *a* y *b* pesa más que *y*. En otras palabras, si de hecho hay una métrica común por la cual los hechos puedan ser ponderados y los casos comparados jurídicamente, entonces, incluso unas pocas decisiones erróneas harán incoherente la totalidad de la doctrina jurídica.

Además, es seguro que el cuerpo de precedentes incluya tanto casos que fueron decididos correctamente, como casos que fueron decididos incorrectamente. Si esto es así, entonces, cada caso posterior estará restringido en direcciones opuestas e irreconciliables. Supongamos que en un caso precedente en el cual la balanza de utilidad favoreció al demandante por una *utilidad*, ganó el demandante. En otro caso precedente, la balanza de utilidad favoreció al demandante por diez *utilidades* pero ganó el acusado. Ahora todos los casos posteriores en los cuales la balanza de utilidades favorezca al demandante por entre una y diez *utilidades* son casos *a fortiori* para ambos, demandante y acusado.

El modelo de resultados del precedente tiene la virtud de adecuarse a las descripciones propias que los tribunales tienen de su tratamiento de decisiones previas. Los tribunales pretenden estudiar y seguir precedentes y se esfuerzan por distinguir precedentes que desean evitar. No obstante, sin importar lo que pudieran decir, los tribunales no pueden aplicar el modelo de resultados del precedente de la manera que su lógica les dicta. Más probablemente, el proceso de distinguir casos es una forma de razonamiento moral TEC o particularismo sensible a reglas,³⁴ asociado con

³⁴ Este término es de Frederick Schauer. Véase Schauer, *Playing by the Rules...*, *cit.*, pp. 94-100. Sobre el escepticismo acerca de la habilidad del particularismo sensible a las reglas para asegurar los beneficios de las reglas, véase Alexander y Sherwin, *The Rule of Rules...*, *cit.*, pp. 61-8.

una tendencia conservadora que resulta de la *creencia* de los tribunales de que están obligados por los resultados de casos previos.

B. *El modelo de principios*

Otro enfoque que ha ganado apoyo entre los teóricos sostiene que los tribunales deben resolver las disputas sobre la base de “principios” jurídicos derivados de decisiones pasadas.³⁵ Un tribunal que enfrenta una disputa concreta examina las decisiones previas y discierne o construye un principio o razón subyacente que explica esas decisiones. El principio resultante proporciona una fuente de derecho autoritativa en el caso que está ahora ante el tribunal. Si el caso presente parece estar dentro de los términos de una regla judicial anunciada previamente, el principio puede también servir como fundamento para distinguir y limitar la regla.³⁶ Al mismo tiempo, los principios jurídicos no rigen los resultados a la manera de reglas de todo o nada. El cuerpo de material jurídico puede sugerir varios principios válidos pero conflictivos en una disputa dada, en cuyo caso el tribunal debe determinar los pesos relativos de los principios al ser aplicados a la disputa.³⁷

Esta versión de la toma de decisión judicial implica la existencia de un cuerpo de derecho formado y definido por

³⁵ Véase Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Estados Unidos, Harvard University Press, 1986, pp. 240-250, 254-258; Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Estados Unidos, Harvard University Press, 1978, pp. 22-31; Hart y Sacks, *The Legal Process...*, *cit.*, pp. 545-596; Pound, Roscoe, “Survey of the Conference Problems”, *Conference, University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, vol. 14, 1940, pp. 324, 328-331.

³⁶ Véase Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, pp. 257 y 258 (donde sugiere que los jueces deben tratar tanto a las reglas como a los principios articulados en el pasado como “provisionales”, para ser reconsiderados a la luz de una nueva concepción del principio); Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, p. 37 (en el que sugiere que los principios pueden justificar un cambio en las reglas).

³⁷ Véase Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, pp. 25-27 (un principio “establece una razón que argumenta en una dirección, pero no exige una decisión particular”); Pound, “Survey...”, *cit.*, p. 329 (“un principio no sienta ningún estado de hechos definido y detallado y no sujeta ninguna consecuencia jurídica definitiva”).

coherencia interna.³⁸ Al identificar principios que conectan y explican decisiones previas y extender esos principios a nuevas disputas, los tribunales componen casos pasados y presentes en un todo consistente. Además, una vez que la masa fundamental de decisiones está en su lugar, la obligación de buscar coherencia proporciona una solución (aunque quizá no, una única solución) a todos los casos que puedan surgir. Los tribunales pueden determinar soluciones para cada nueva disputa por referencia a los principios inmanentes a decisiones previas.³⁹

Como el modelo de resultados del precedente, el modelo de principios está diseñado para lograr un compromiso entre razonamiento moral TEC y reglas de precedente serias. Pero los enfoques basados en resultados y basados en principios aún difieren en varias formas. Primero, el modelo de principios toma en cuenta una colección más amplia de material jurídico que el modelo de resultados. El modelo de resultados limita la autoridad precedente de casos previos a la combinación de hechos y resultados revelados; las reglas anunciadas por tribunales previos son irrelevantes.⁴⁰ Bajo

³⁸ Véase Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, p. 225 (“El principio adjudicativo de integridad instruye a los jueces a identificar derechos y deberes jurídicos tanto como sea posible, sobre la asunción de que todos fueron creados por un solo autor —la comunidad personificada— expresando una concepción coherente de justicia y equidad.”). Véase también Dworkin, *ibidem*, pp. 228-232; Kress, Kenneth J., “Legal Reasoning and Coherence Theories: Dworkin’s Rights Thesis, Retroactivity, and the Linear Order of Decisions”, *California Law Review*, California, vol. 72, 1984, pp. 369, 370 (quien asocia a Dworkin con la teoría de la coherencia); Baum Levenbook, Barbara, “The Meaning of a Precedent”, *Legal Theory*, Reino Unido, vol. 6, núm. 2, 2000, pp. 185, 233-234 (que interpreta la teoría del precedente de Dworkin como una teoría de la coherencia). *Cfr.* Raz, Joseph, “The Relevance of Coherence”, *Boston University Law Review*, Boston, vol. 72, 1992, p. 273 (donde discute y critica teorías de la coherencia en el derecho). Raz trata el trabajo de Dworkin alternativamente como un ejemplo de teoría de la coherencia y sugiere que Dworkin puede no estar comprometido con una teoría de la adjudicación basada en la coherencia. *Ibidem*, pp. 315-321.

³⁹ Véase Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, pp. 82-84 (en el que elabora la “tesis de los derechos”); Hart y Sacks, *The Legal Process...*, *cit.*, p. 569 (donde se refieren al *Common Law* como “un proceso de resolución que trata de relacionar los fundamentos de la determinación presente, de alguna forma razonable, con los principios, políticas, reglas y estándares previamente establecidos”).

⁴⁰ Véase el texto que acompaña la nota 27.

el modelo de principios, tanto las reglas anunciadas como las razones justificantes cuentan como evidencia de principios jurídicos, aunque las reglas anunciadas no son autoritativas *como reglas*.⁴¹ Segundo, como se ha observado, la autoridad de principios jurídicos bajo un modelo del precedente basado en principios no es absoluta en ningún rango de casos. Bajo el modelo de resultados, la conclusión que un caso posterior sigue *a fortiori* de los hechos y el resultado de un caso previo, pone fin a la deliberación. Un principio jurídico, sin embargo, puede aplicarse a un caso dado y aún así fracasar al dictar un resultado si otros principios competitivos están también en juego.⁴² Finalmente, el modelo de principios proporciona un efecto de más amplio alcance a las decisiones precedentes del que proporciona el modelo de resultados. La fuerza del precedente bajo un modelo de resultados está limitada a las implicaciones de hechos coincidentes, si hay alguna. En contraste, el conjunto de principios derivados de información jurídica proporciona un extenso, aunque cambiante, cuerpo de autoridad para futuras decisiones.⁴³

Un número de influyentes expertos jurídicos han respaldado y desarrollado la idea de la toma de decisión de acuerdo con principios jurídicos. Roscoe Pound incorporó principios jurídicos dentro de su filosofía del derecho funcionalista, en la

⁴¹ Véase Hart y Sacks, *The Legal Process...*, *cit.*, p. 569; Llewellyn, *The Bramble Bush...*, *cit.*, p. 191 (en donde elogian la “Gran Tradición” de toma de decisiones de apelación en la cual las opiniones “tienen sentido y dan orientación para los casos concretos del futuro”) (énfasis en el original); Pound, “Survey...”, *cit.*, pp. 330 y 331 (donde indica que los principios son formulados gradualmente por una serie de tribunales, mediante expresiones de razonamiento en sus opiniones). Dworkin es ambiguo en esta cuestión. Por ejemplo, él establece que “Ajustarse a lo que los jueces hicieron es más importante que ajustarse a lo que ellos dijeron,” y que “una interpretación [del precedente] no necesita ser consistente con actitudes u opiniones judiciales pasadas, con cómo jueces pasados vieron lo que estaban haciendo, para contar como una interpretación elegible de lo que de hecho hicieron”. Dworkin, *Law’s Empire*, *cit.*, p. 284. Sin embargo, él agrega que ajustarse a opiniones judiciales es “un desiderátum que podría con creces, ser superado por otros”, *ibidem*. p. 285. Cfr. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, *cit.*, pp. 110-115 (donde se refiere a la “fuerza reglamentaria” y a la “fuerza gravitacional” de los precedentes).

⁴² Véase nota 37.

⁴³ Véase nota 39.

que sostuvo que el derecho estaba compuesto no sólo de reglas sino también de principios de rango superior que servían como “punto[s] de partida autoritativos para el razonamiento jurídico en todos los casos análogos”.⁴⁴ En su enfoque del derecho basado en procesos, Henry Hart y Albert Sacks identificaron la “elaboración razonada” de principios ubicada en el cuerpo del derecho como el sello de la toma de decisión judicial.⁴⁵

La idea de principios jurídicos fue revivida posteriormente por Ronald Dworkin, quien la hizo piedra angular de su concepción de “integridad” en el derecho. De acuerdo a Dworkin, un juez ideal utiliza su juicio racional y moral para desarrollar los mejores principios decisorios que puedan satisfacer el requerimiento de “ajuste” a decisiones previas y después decidir en consonancia el caso ante él.⁴⁶ En otras palabras, el juez de Dworkin busca coherencia con los precedentes existentes pero también se involucra en el ra-

⁴⁴ Pound, “Survey...”, *cit.*, p. 331.

⁴⁵ Véase Hart y Sacks, *The Legal Process...*, *cit.*, pp. 568-570. Véase también Postema, Gerald J., “Classical Common Law Jurisprudence (Part II)”, *Oxford University Commonwealth Law Journal*, Oxford, vol. 3, núm. 1, 2003, pp. 11-17 (donde sugiere que la concepción del precedente en el *Common Law*, como se presentó en el siglo XVII, estaba basado en parte, en una obligación entendida de mantener coherencia entre las decisiones). Postema advierte una diferencia de opinión acerca de si la razón jurídica dependía de principios o simplemente del modelo de decisiones pasadas. Su propia interpretación es que los precedentes eran autoritativos en el sentido de que ellos proporcionaron ejemplos de razón jurídica sólida y guías para la decisión. Véase *ibidem*, pp. 14-17.

⁴⁶ Véase Dworkin, *Law’s Empire*, *cit.*, pp. 230-232, 254-258; Dworkin *Taking Rights Seriously*, *cit.*, pp. 115-118. El sistema de Dworkin puede ser mejor categorizado como un híbrido que combina elementos del modelo de resultados y del modelo de principios. Los principios jurídicos juegan un papel central y los jueces no calculan mecánicamente las implicaciones de resultados previos. Al mismo tiempo, Dworkin sugiere en ocasiones que los resultados de casos, más que las reglas o explicaciones expuestas en opiniones previas, son la información primaria de la cual se extraen los principios jurídicos. Véase por ejemplo, Dworkin *Law’s Empire*, *cit.*, pp. 284-285. Una característica afín de su enfoque es que cada juez construye un principio para propósitos de decisión, en lugar de aplicar principios identificados por tribunales previos. Véase por ejemplo, *ibidem.*, pp. 255 y 256. Si los principios son el trabajo de jueces actuales sin el aporte de las explicaciones que jueces previos ofrecieron para sus decisiones, el único componente autoritativo de una decisión previa es su resultado, dada su selección de hechos.

zonamiento moral para alcanzar el mejor resultado posible dentro de la restricción que proporciona la coherencia.⁴⁷

Los principios jurídicos tienen varias ventajas aparentes sobre las reglas vinculantes. Los tribunales están constreñidos por el derecho, pero no se les requiere suprimir su mejor juicio moral al resolver disputas; en cambio, participan en la formulación de principios rectores y ponderan principios en conflicto.⁴⁸ El problema de reglas de precedente erróneas u obsoletas se resuelve al situar la autoridad de decisiones previas en preceptos más flexibles de un orden superior. De este modo, el derecho puede evolucionar con la sociedad pero el ritmo de cambio está controlado porque pasado y presente están ligados por principios comunes. Finalmente, los principios jurídicos ofrecen orientación para los tribunales y continuidad en el derecho en los casos que no son regidos por ninguna regla preexistente.

En nuestra opinión, esta atractiva idea es engañosa. En lugar de proveer un feliz compromiso, los principios jurídicos combinan las peores características del razonamiento moral TEC y de las reglas de precedente vinculantes, mientras que al mismo tiempo eliminan las ventajas de ambos.

Los principios jurídicos inherentes al cuerpo del derecho están, en varias formas, menos determinados que las reglas de precedente propuestas por tribunales previos. La más evidentemente es que los principios tienden a ser más vagos y más dependientes de términos cargados de valores que las reglas propuestas que prescriben resultados para casos futuros. Por ejemplo, el principio de que nadie debe obtener ganancias de una injusticia no proporciona una orientación determinada porque deja indefinidas las nociones de injusticia y de ganancia. En comparación, una regla que establece que un heredero culpable de asesinar al as-

⁴⁷ Bankowski, MacCormick y Marshall acertadamente se refieren a ésta como una teoría “determinativa” del precedente: Ni los tribunales deducen resultados de opiniones previas, ni deciden de manera independiente lo que es mejor; en cambio, los tribunales determinan el mejor resultado consistente con casos previos. Bankowski, MacCormick y Marshall, “Precedent in the United Kingdom”, *cit.*, p. 332.

⁴⁸ Véase Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, p. 255.

endiente del que espera heredar no puede reclamar una participación de la herencia del ascendiente es, considerablemente, más fácil de aplicar. La regla puede ser inconvenientemente sub-incluyente —como cuando el asesino se suicida antes del juicio— pero esto evita una incursión dentro del concepto de injusticia, cuyos bordes son indefinidos.

Más allá del problema de forma, los juicios acerca de la coherencia dentro del cuerpo del derecho son probablemente tanto inaccesibles como inestables. Múltiples principios pueden calificar como explicaciones plausibles para el material jurídico existente, dejando lugar para el desacuerdo acerca de cuál se ajusta mejor al material así como cuál es, en general, el más deseable.⁴⁹ Además, aun cuando el conjunto de principios elegibles no es controvertido, los principios contendientes dentro de ese conjunto deben ser ponderados. Hemos observado que los principios jurídicos no son definitorios de resultados: son “puntos de partida” para el razonamiento o consideraciones a las que les es concedido un “peso”, que pueden entrar en conflicto el uno con el otro en un caso particular.⁵⁰ El proceso lógico por el cual los jueces deben ponderar dos o más principios contendientes en contexto es ambiguo y en todo caso, parece no menos propenso a controversia y error que el mejor resultado del razonamiento moral TEC.⁵¹

Una fuente más de indeterminación es que la información a partir de la cual los principios son extraídos (decisiones y opiniones) cambia con cada nueva decisión. No sólo

⁴⁹ Véase Levenbook, “The Meaning of a Precedent”, *cit.*, pp. 236-238 (donde analiza las consecuencias de “la opinión implícita de que el significado de algo en el derecho depende de su relación con muchas otras cosas”). Dworkin admite que las interpretaciones del derecho en su explicación, pueden diferir sustancialmente. Véase Dworkin, *Law's Empire*, *cit.*, pp. 256 y 257.

⁵⁰ Véase nota 37.

⁵¹ Para un esfuerzo de sistematizar este proceso, véase Hurley, S. L., “Hypothetical Cases and Precedent”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Oxford, vol. 10, núm. 2, 1990, p. 221 (donde sugiere que los casos resueltos, actuales e hipotéticos, proporcionan orientación acerca del peso relativo de principios en escenarios fácticos particulares).

la nueva decisión es agregada al cuerpo del derecho,⁵² sino que algún número de decisiones existentes pueden necesitar ser abandonadas o discontinuadas como resultado de la inconsistencia. La exigencia de coherencia o “ajuste” con la información jurídica existente no puede ser una exigencia de perfecta armonía con todas las decisiones previas. Para ser factible, debe estar limitada a alguna proporción de decisiones, más allá de la cual los jueces sean libres de ignorar casos recalcitrantes.⁵³ De hecho, se puede esperar que un juez que busca el mejor principio calificador deseche tantos de los casos que rechaza como la prueba de ajuste lo permita.⁵⁴ Y eso significa, a su vez, que cada nueva decisión abrirá el camino para un nuevo principio al ocasionar que otro caso pasado sea elegible para desechar.

Por estas razones, los principios jurídicos carecen de la capacidad que tienen las reglas para frenar el error, facilitar el acuerdo y la coordinación y proteger y fomentar la confianza. Además, generalmente se entiende que los principios jurídicos anulan las reglas de precedente; por consiguiente, un modelo de coherencia del precedente que dependa de principios jurídicos, elimina los beneficios de acuerdo y coordinación de las reglas.

Al mismo tiempo, los principios jurídicos, como las reglas, son intrínsecamente inferiores al razonamiento moral TEC ideal. La exigencia de coherencia o ajuste limita la habilidad de los tribunales de seguir su mejor juicio al resolver disputas. El tribunal no puede ignorar todas las decisiones pasa-

⁵² Véase Kress, “Legal Reasoning and Coherence Theories...”, *cit.*, pp. 380-383 (donde discute el “efecto dominó”).

⁵³ Dworkin hace esto explícito en su discusión de una prueba de “ajuste”. Véase Dworkin, *Law’s Empire*, *cit.*, pp. 230, 255.

⁵⁴ La intercambiabilidad de principios jurídicos es particularmente aparente en la explicación de Dworkin, en la que los principios jurídicos no son transmitidos de tribunal a tribunal, sino que son reelaborados como cada juez identifica el mejor principio que se ajuste al modelo de decisiones previas. Véase *ibidem*, pp. 255 y 256. Otros que se pronuncian por la decisión sobre la base de principios jurídicos, parecen tener en mente que los principios se transmiten de tribunal a tribunal en una forma cada vez más confiable. Véase Pound, “Survey...”, *cit.*, p. 330 (“obtenemos gradualmente una línea de decisiones que desarrollan un principio”); Hart y Sacks, *The Legal Process...*, *cit.*, pp. 569 y 570.

LOS JUECES COMO CREADORES DE REGLAS

das que considere erróneas, pues si pudiera, el cuerpo de decisiones no ejercería fuerza de precedente y el tribunal simplemente estaría involucrado en un razonamiento moral TEC puro. En consecuencia, el tribunal debe construir o inferir su principio a partir de la información que incluye, al menos, algunos errores de tribunales pasados.

En otras palabras, los principios jurídicos no son principios morales, a los que se llega mediante un proceso de equilibrio reflexivo que comienza por la intuición acerca de resultados correctos. Los principios jurídicos son preceptos que incorporan, al menos, algunos resultados que el tribunal actual considera son incorrectos. La extraña tarea asignada al tribunal es determinar qué principios serían principios morales correctos en un mundo en el que ciertas decisiones erróneas fueran correctas.⁵⁵ De este modo, si asumimos que los principios jurídicos de hecho existen —esto es, que la toma de decisión de acuerdo a principios jurídicos está restringida en algún grado por el cuerpo de decisiones previas— entonces, como las reglas, los principios jurídicos afianzan el error. Los tribunales pueden tener más espacio para corregir errores y provocar cambios en el derecho del que tienen en un sistema de reglas de precedente vinculantes, pero su razonamiento está distorsionado sin el valor de resolución compensatorio de la toma de decisión de acuerdo con reglas.

IV. LAS REGLAS DE PRECEDENTE REEXAMINADAS

Asumamos que estamos en lo correcto en nuestra conclusión de que un sistema de reglas de precedente vinculantes es superior a un sistema de precedentes que vincula sólo por sus resultados y que deja a los tribunales con el poder de distinguir precedentes. Asumamos de igual manera, que estamos en lo correcto al decir que un sistema de reglas de precedente vinculantes es superior a un sistema

⁵⁵ Véase Alexander y Sherwin, *The Rule of Rules...*, *cit.*, p. 147; Alexander, "Precedent", *cit.*, p. 509. Para una sugerencia similar, véase Raz, "The Relevance of Coherence", *cit.*, p. 307.

de precedentes basado en principios jurídicos. Aun así, un número de preguntas esperan ser contestadas. Nosotros no pretendemos contestarlas por completo: nuestros objetivos son identificar problemas que necesitan ser resueltos para hacer atractivo un sistema de reglas de precedente vinculantes y mostrar que estos problemas no son tan inextricables como para descalificar las reglas de precedente como una característica plausible del derecho.

1. *Identificación de reglas de precedente*

El objeto de una regla es resolver controversias y proporcionar coordinación en casos de incertidumbre y desacuerdo. Para ese propósito, una regla debe ser general, cubrir un rango de casos futuros.⁵⁶ Ésta también debe estar suficientemente determinada para ser aplicada sin consideración directa de las cuestiones que fue designada a resolver.⁵⁷

Idealmente, una regla de precedente aparecerá en esta forma en la opinión, acompañando una decisión previa. Cuando esto ocurre, la regla no sólo es capaz de orientar decisiones futuras, sino que el tribunal que escribió la opinión probablemente ha elaborado la regla con futuros casos en mente. Pero como los tribunales son reacios a legislar abiertamente, puede ser difícil encontrar reglas de precedente explícitas. Una típica opinión judicial contiene una descripción narrativa de hechos, un sumario de argumentos de las partes y una explicación de la decisión de los tribunales, pero raramente expone canónicamente una regla explícita para el futuro.

El modelo de reglas del precedente, sin embargo, no depende necesariamente de la promulgación judicial deliberada de reglas en forma canónica. Una versión más amplia

⁵⁶ Véase Schauer, *Playing by the Rules...*, cit., pp. 1-12, 23-27 (en el que define “reglas”).

⁵⁷ Véase *ibidem.*, pp. 53-62 (en el que discute la “autonomía semántica” de las reglas).

del modelo también reconocería como autoritativas, las reglas implícitas derivadas de las opiniones judiciales. Una explicación del tribunal sobre su razonamiento, los hechos que particularmente enfatiza y sus referencias a casos previos, pueden revelar que el tribunal apoya, sin establecerlo explícitamente, una regla de decisión identificable. Si esta regla puede ser identificada con razonable confianza y reformulada en forma canónica, entonces puede servir como una regla de precedente seria.

La noción de reglas de precedente implícitas está limitada en diferentes formas. Primero, la autoridad de cualquier regla, incluyendo una regla de precedente, proviene del acuerdo general entre los miembros de la sociedad para investir a su autor con poder para resolver futuras controversias; por lo tanto, la fuerza y significado de la regla son funciones de la intención del autor.⁵⁸ De esto se sigue que una regla de precedente implícita debe haber sido entendida por el tribunal precedente para ocupar un lugar dentro del cuerpo del derecho y guiar casos futuros a la manera de una regla. Una regla considerada por un tribunal posterior como inherente al modelo de decisiones pasadas, pero no entendida de ese modo por tribunales previos, no es una regla de precedente. Segundo, las reglas deben prescribir resultados. Por consiguiente, para que una regla implícita califique como una regla de precedente, ésta debe haber sido entendida por el tribunal previo como una que provee una respuesta a todas las disputas que caigan dentro de sus términos y no simplemente como un principio a ser ponderado contra otras razones para la decisión.

La expansión del modelo de reglas para incluir reglas implícitas conlleva algunos riesgos. Una regla que no es obvia pierde mucha de su capacidad para coordinar la conducta privada. Hay además un peligro de que aunque haya tenido

⁵⁸ Nuestras opiniones sobre estas cuestiones son expuestas a detalle en Alexander y Sherwin, *The Rule of Rules...*, *cit.*, pp. 11-25 (resolución), 97-101 (intenciones). Véase también Raz, "The Relevance of Coherence", *cit.*, pp. 295 y 296 (donde discute al derecho como una función de la autoridad).

la regla en mente, el tribunal precedente no considerara sus consecuencias tan cuidadosamente como lo habría hecho si estuviera involucrado en legislación deliberada. Como resultado, la regla puede ser diseñada pobremente. No obstante, el reconocimiento de reglas implícitas es probablemente necesario para asegurar los beneficios de un modelo de reglas del precedente, dadas las prácticas dominantes de los tribunales en el presente. Por otra parte, dada la conveniencia de que el modelo de reglas del precedente sea internalizado plenamente por los tribunales, éstos podrían comenzar a hacer explícitas sus reglas y confeccionarlas con mayor cuidado.

2. Condiciones previas para la autoridad del precedente

Los beneficios de una regla dependen de su capacidad para reducir el error en el rango de casos al cual se aplica. Un tribunal precedente puede algunas veces anunciar una regla en forma general y determinada, pero hacerlo de manera muy informal. Cuando esto ocurre, es particularmente probable que la regla fracase en su tarea de reducir el error. Si el tribunal precedente no pretendía de hecho que su anunciación operara como una regla, no existe ninguna regla. Si el tribunal pretendió una regla, pero actuó irreflexivamente, entonces sin algún refinamiento del modelo, la regla es vinculante sobre tribunales futuros.

Una posible estrategia para evitar el afianzamiento de reglas indeseables es examinar las reglas de precedente por conveniencia de la deliberación al estudiar el proceso que rodeó su adopción. Los alegatos y argumentos presentados al tribunal precedente, por ejemplo, podrían revelar que no hubo debate contencioso significativo sobre el tema de la regla.⁵⁹ Si es así, un tribunal posterior podría ignorar la re-

⁵⁹ Véase Sherwin, Emily, "The Story of *Conley*: Precedent by Accident", en Clermont, Kelvin M. (ed.), *Civil Procedure Stories*, Estados Unidos, Foundation Press, 2004.

gla sobre la base de que no fue formulada con suficiente cuidado.

Una condición que se centra en la calidad de la deliberación de tribunales precedentes, no obstante, puede representar peligros para el sistema de precedente. Una investigación de la seriedad con la cual el tribunal precedente examinó su regla, especialmente cuando es conducida por un tribunal posterior que cree que la regla va a producir un resultado erróneo, podría debilitar el hábito de conformidad del que depende cualquier sistema de toma de decisión basado en reglas. De cualquier manera, quizá porque la evidencia de la reflexión judicial no está disponible fácilmente, la investigación dentro de los antecedentes deliberativos de las reglas de precedente no es una característica común de la práctica jurídica.

Otra posibilidad, una que depende de criterios más objetivos y que, por lo tanto, representa menos peligros al hábito de seguir reglas, es examinar las reglas de precedente para la aceptación judicial. Una regla de precedente, de acuerdo a esta condición, no es vinculante sobre tribunales reacios hasta que haya alcanzado con el tiempo la aprobación de varios tribunales. Sólo entonces, a través del escrutinio y la prueba repetidos, la regla ha ganado la asunción de que evitará más error del que causará si es aplicada consistentemente.⁶⁰ En efecto, hay evidencia de que los tribunales aplican con frecuencia una prueba de este tipo.⁶¹

De modo interesante, una condición de aceptación y uso judicial a lo largo del tiempo altera el origen de la regla de precedente. El autor ya no es el tribunal que anunció primero la regla sino la serie de tribunales que la adoptaron

⁶⁰ Véase Burke, Edmund, *Reflections on the Revolution in France and on the Proceedings in Certain Societies in London Relative to that Event*, [s.l.e.], [s.e.], 1790, reimpresso en Burke, Edmund, *Selected Writings and Speeches*, en Stanlis, Peter J. (ed.), [s.l.e.], Regnery Gateway, 1963, pp. 424, 470 (al referirse al derecho común como “la sabiduría de las épocas”).

⁶¹ Gerald Postema sugiere que la aceptación y el uso repetido por los tribunales fue entendido como el criterio dominante para la autoridad precedente en la jurisprudencia del *Common Law* clásico. Postema, “Classical Common Law...”, *cit.*, pp. 13, 17, 24-25.

después. Esto, sin embargo, no debe representar un problema serio para el modelo de reglas. Siempre que la regla sea emitida por una fuente autoritativa y su significado sea entendido uniformemente, ésta puede funcionar como una regla de precedente seria.

Más problemática es, para cualquier prueba de “aceptación judicial” para reglas de precedente, su inherente e inexorable indeterminación. ¿Cuántos y qué tribunales deben aceptar la regla?, ¿deben los tribunales aceptarla en una forma canónica idéntica?, ¿qué deben hacer los actores primarios durante el periodo posterior a aquél en el que la regla es primeramente anunciada pero antes de que sea “aceptada”? Éstas y otras preguntas podrían ser contestadas “reglamentando” este modelo de reglas-más-aceptación (“la regla debe ser aceptada por tres tribunales de rango paralelo dentro de la misma jurisdicción en diez años, etcétera, etcétera”). Al final, sin embargo, la complejidad agregada de una regla para aceptación podría debilitar las ventajas que un modelo de reglas del precedente intenta asegurar. El modelo se convertirá entonces en uno mucho más elaborado que el modelo de reglas simple.

3. La toma de decisiones en ausencia de una regla precedente

El modelo de reglas del precedente requiere que los tribunales sigan las reglas de precedente, pero no dice nada acerca de cómo deben proceder los tribunales en los casos que no están comprendidos por los términos de ninguna regla. La posición por omisión más simple es que los tribunales deben regresar al razonamiento moral TEC en ausencia de reglas de precedente. Una posible alternativa para los tribunales, consistente con la práctica judicial común, es razonar por analogía, tratar de localizar casos previos que parezcan similares y llegar a resultados paralelos.⁶²

⁶² Sobre razonamiento analógico, véanse las contribuciones de Eisenberg, Melvin y Postema, Gerald en “Common Law Theory”, en Edlin, Douglas E. (ed.), Nueva

Como una cuestión de lógica, nos preguntamos si esta opción existe.⁶³ Las semejanzas entre casos carecen de sentido en sí mismas: el hecho de que dos demandantes sean pelirrojos, por ejemplo, no significa que si uno gana, ambos deban ganar. Debe haber un principio o “regla justificadora de analogías” que identifique semejanzas que sean relevantes al resultado.⁶⁴ Si la analogía está respaldada por una regla implícita en la opinión previa, entonces, lo que parece ser razonamiento analógico es realmente una aplicación del modelo de reglas del precedente, entendido ampliamente para reconocer reglas implícitas. Si ninguna regla implícita está disponible, la mejor explicación del razonamiento analógico es que el tribunal posterior ha “abducido” un principio de un conjunto de casos previos, el cual identifica semejanzas entre esos casos y el caso ante el tribunal.⁶⁵ Este proceso de abducción puede o no ser una forma plausible de razonamiento, pero asumiendo que lo sea, el razonamiento por analogía es ahora un ejemplo del modelo de coherencia del precedente y padece de los defectos de ese modelo. Concretamente, un principio retrospectivo extraído de un conjunto imperfecto de información decisoria, incorpora los errores de las decisiones pasadas y carece del valor

York, Cambridge University Press, 2007; Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, *cit.*, pp. 27-41; Levi, *An Introduction...*, *cit.*, pp. 1-19; Sunstein, Cass R., *Legal Reasoning and Political Conflict*, Estados Unidos, Oxford University Press, 1996, pp. 62-100; Brewer, Scott, “Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy”, *Harvard Law Review*, Massachusetts, vol. 109, núm.5, 1996, pp. 925-929, 962-963. Para un punto de vista escéptico, véase Alexander, Larry, “Bad Beginnings”, *University of Pennsylvania Law Review*, Pennsylvania, vol. 145, núm.1, 1996, pp.57, 80-86. Para un análisis más favorable, véase Sherwin, Emily, “A defense of Analogical Reasoning in Law”, *University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 66, otoño de 1999, p. 1179.

⁶³ Véase Posner, Richard A., *The Problems of Jurisprudence*, Estados Unidos, Harvard University Press, 1990, pp. 86-98 (donde describe el razonamiento analógico como “una clase inestable de métodos dispares de razonamiento”); Schauer, *Playing by the Rules...*, *cit.*, pp. 183-187 (donde describe el razonamiento analógico como una forma de deducción a partir de reglas).

⁶⁴ Véase Brewer, “Exemplary Reasoning...”, *cit.*, p. 962. Pero confróntese con Moore, “Precedent, Induction, and Ethical Generalization”, *cit.*, p. 188 y 189 (quien se pregunta si es lógicamente posible extraer una regla de una decisión basada en hechos particulares).

⁶⁵ Véase Brewer, “Exemplary Reasoning...”, *cit.*, p. 962.

resolutivo de una regla. Como hemos sostenido, un principio de este tipo, no debe tratarse como autoritativo.

Así, desde el momento en que el razonamiento analógico difiere de la identificación de reglas de precedente implícitas que tribunales previos pretenden intencionadamente que operen como reglas, lo rechazamos como una fuente de restricción por precedentes. No obstante, puede haber beneficios potenciales para el razonamiento analógico como una práctica profesional entre abogados y jueces. Idealmente, un tribunal involucrado en razonamiento moral TEC probará principios decisorios potenciales contra ejemplos reales e imaginarios de su aplicación.⁶⁶ Los tribunales, sin embargo, tienen tiempo limitado para la reflexión. La práctica de estudiar casos pasados en busca de semejanzas relevantes asegura, al menos, que éstos sean expuestos a una variedad de patrones de hecho a los cuales podrían aplicarse sus propias hipótesis y también a varias líneas de razonamiento seguidas por tribunales previos. Por esta razón, los tribunales pueden cometer menos errores en la ausencia de reglas si creen que pueden e incluso están obligados a razonar por analogía a partir de casos pasados.⁶⁷

4. *Anulación de reglas de precedente*

El modelo de reglas del precedente requiere que los tribunales sigan las reglas precedentes calificadas sin deliberar acerca de si los resultados que ellas prescriben son correctos, *todos los elementos considerados*. Los tribunales no pueden hacer una segunda conjetura acerca de los resultados de las reglas, ni pueden “distinguir” las reglas que parecen producir el resultado erróneo en un caso particular. Cuando las reglas precedentes están justificadas como *re-*

⁶⁶ Este proceso de razonamiento es capturado por el término de Rawls “equilibrio reflexivo”. Véase Rawls, John, *A Theory of Justice*, Estados Unidos, Harvard University Press, 1971, pp. 46-53.

⁶⁷ Para una versión más detallada de este argumento, véase Sherwin, “A Defense of Analogical Reasoning in Law”, *cit.*

glas —esto es, cuando seguir las reglas en todos los casos producirá en total menos errores que la deliberación irrestricta— entonces, los resultados erróneos en casos particulares son simplemente un producto derivado de la generalidad de las reglas, lo cual no se puede evitar sin perder los beneficios de las reglas.

Sin embargo, algunas reglas no están justificadas como reglas: seguirlas en todos los casos no producirá un beneficio neto sobre el razonamiento moral TEC, sea porque las reglas fueron concebidas erróneamente o porque cambiaron las circunstancias que las han hecho obsoletas. Las objeciones más persuasivas al modelo de reglas del precedente se basan en su fracaso para ofrecer un escape de este tipo de reglas: una acumulación de reglas injustificadas debilita la afirmación de que las reglas de precedente serían minimizarán el nivel de error global. Por lo tanto, el modelo de reglas tiene que ser dotado de un poder para anular.

El enfoque más directo de la anulación implica evaluación judicial de la justificación de cada regla: antes de aplicar la regla a un caso particular, el tribunal se preguntaría si ésta evita más error global del que causa al prescribir resultados erróneos. Este tipo de evaluación, no obstante, le presenta una dificultad al tribunal, si no es que una tarea imposible. El tribunal debe evaluar la justificación global de la regla pero también debe abstenerse de evaluar el resultado que la regla prescribe para el caso que se encuentra ahora ante él. Aunque las dos funciones del tribunal —evaluación global de reglas y aplicación de reglas— son lógicamente distintas, un tribunal involucrado con los hechos de un caso particular puede encontrarlas prácticamente inseparables.

Como alternativa, los tribunales podrían adoptar, o una legislatura podría prescribir, una regla para anular. Esta estrategia, sin embargo, está condenada a fracasar. Una regla resuelve la controversia moral al sustituir la deliberación moral por una simple prescripción. La cuestión de cuándo seguir reglas no puede ser simplificada de esta ma-

nera. Una determinada regla para anular (“Anular todos los precedentes de más de diez años de antigüedad”) es capaz de orientar a los tribunales, pero su propia justificación puede entrar en duda, pues requiere una apelación a una regla de nivel superior. En algún punto en la regresión, si el problema ha de ser resuelto, el juicio moral es inevitable. En contraste, un parámetro indeterminado (“Anular las reglas precedentes cuando las razones para anularlas tengan una fuerza de X”) no puede funcionar como una regla. El juicio moral es requerido una vez más.

En nuestra opinión, la mejor solución es adoptar una presunción a favor de las reglas de precedente: los tribunales pueden anular, pero sólo cuando la regla está obvia y seriamente injustificada.⁶⁸ El parámetro de la falta de justificación obvia y seria, para este propósito, es un parámetro de evaluación global de la regla, no un parámetro de aplicación de la regla. Los tribunales deben aplicar las reglas a los casos ante ellos, aún si están convencidos de que el resultado es un error. Sólo si un tribunal está casi seguro de que la regla, si es seguida consistentemente, producirá bastante más error del que previene, puede rehusar seguirla.

Este parámetro no es ideal. La presunción a favor de las reglas previene a los tribunales de anular algunas reglas que deben ser anuladas. Mientras tanto, la vaguedad inevitable de la presunción significa que los tribunales diferirán en sus evaluaciones acerca de cuándo las reglas están obviamente injustificadas, y el potencial para el comportamiento judicial variable debilita, hasta cierto punto, el valor resolutivo de las reglas en sí mismas. Finalmente, aun cuando están limitados por una presunción a favor de las reglas, un poder anulatorio que pide a los tribunales eva-

⁶⁸ Psicológicamente, este enfoque implica un “vistazo” a la justificación de la regla, del tipo que Frederick Schauer recomienda en su discusión del “positivismo presuntivo”. Véase Schauer, *Playing by the Rules...*, *cit.*, pp. 196 y 197. Aunque no creemos que el positivismo presuntivo es exitoso como una solución del dilema general de las reglas, parece la mejor solución disponible a la cuestión de cuándo una regla debe ser totalmente abandonada. Véase Alexander y Sherwin, *The Rule of Rules...*, *cit.*, pp. 68-73.

LOS JUECES COMO CREADORES DE REGLAS

luar la justificación de reglas, pero no evaluar los resultados que ellas prescriben para el caso que les ocupa, requiere gimnasia mental de los jueces. No obstante, esta burda solución parece preferible a cualquier otra: algún poder para anular es necesario para escapar de la rigidez y el error innecesarios. Mientras tanto, las reglas para anular son impracticables y la evaluación irrestricta de reglas es inconsistente con el hábito de obediencia a las reglas, del cual depende el modelo de reglas del precedente.

LA CONSTRUCCIÓN TEMÁTICA DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS JURISTAS

J. Alberto DEL REAL ALCALÁ*

Resumen:

En este texto trato de responder a la pregunta: ¿cuáles son los temas calificados generalmente como “de filosofía del Derecho” que nos interesan a los juristas? Mi respuesta se dirige a desgranar cómo se ha ido construyendo el “contenido temático” más habitual que hoy identifica a la Filosofía del Derecho *de los juristas* (frente a la Filosofía del Derecho *de los filósofos*). Para tratar esta cuestión examino el punto de vista de Norberto Bobbio. En nuestro tiempo, dicha perspectiva constituye el punto de partida en la discusión de cuáles son los ámbitos problemáticos más habituales de la reflexión teórico-jurídica.

Palabras clave:

Temática de la filosofía del derecho de los juristas, teoría del derecho, teoría general del derecho, teoría de la justicia, argumentación jurídica.

Abstract:

This essay tries to answer this question: Which are the themes often considered as pertaining to the “Philosophy of Law” of concern to legal scholars? My answer seeks to sort out how the “thematic content” has become into what today is known as “Philosophy of Law” to legal scholars (against

* Profesor titular de Universidad. Universidad de Jaén España.

J. ALBERTO DEL REAL ALCALÁ

“Philosophy of Law” to philosophers). To deal with this question I will consider the Norberto Bobbio’s point of view. For this view is nowadays a starting point to account the most common issues regarding legal theory.

Keywords:

Thematic Content of Jurist’s Philosophy of Law, Legal Theory, General Legal Theory, Theory of Justice, Legal Argumentation

LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS JURISTAS

SUMARIO: I. *Introducción: la opción de la Filosofía del Derecho de los juristas como punto de partida contemporáneo.* II. *Convergencias y divergencias en la doctrina.* III. *Los juristas y la configuración actual de los temas de la Filosofía del Derecho.* IV. *Conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN: LA OPCIÓN DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS JURISTAS COMO PUNTO DE PARTIDA CONTEMPORÁNEO

La cuestión controvertida sobre qué temas corresponden a la Filosofía del Derecho desde el punto de vista de los juristas y cuáles le son ajenos tiene como punto de partida la distinción de Norberto Bobbio acerca de las dos formas de hacer Filosofía del derecho. Por una parte, concebir la Filosofía del derecho como “Filosofía del derecho de los filósofos”, y por otra parte, entenderla como “Filosofía del derecho de los juristas”.

La primera opción (la Filosofía del derecho de los filósofos) constituye un *reduccionismo* de lo jurídico porque supone enfocarla desde la *Filosofía*, comprenderla desde la transposición de los grandes sistemas filosóficos en los que el derecho ocupa una porción muy pequeña, y donde meramente es sólo una pieza más (no el núcleo central) de la que dar cuenta dentro de un gran engranaje filosófico. Este camino para llegar a la Filosofía del derecho tiene lugar “cuando en la construcción de su sistema [filosófico, el filósofo] se pregunta por el papel que en el mismo debe asignarse a la realidad jurídica”, a fin de dar una explicación unitaria y sistemática de este elemento.¹ Esta forma de hacer Filosofía del derecho responde a opciones filosóficas generales que se aplican meramente al derecho, sin necesitarse siquiera para ello conocerlo. Y de hecho, la Filosofía del derecho como *mera* “filosofía aplicada” de una filosofía general nos la encontramos a menudo elaborada “por filósofos

¹ Pérez Luño, A.E., “El concepto de filosofía del derecho”, *Lecciones de filosofía del derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Mergablum, Sevilla, 1998, p. 75.

que no conocen en absoluto el derecho, o tienen un conocimiento del mismo muy vago y superficial”.² El resultado es que “el filósofo del derecho no brilla con luz propia sino con luz refleja”.³ Y es muy probable que esta Filosofía del derecho *de los filósofos*, desconectada de la experiencia jurídica y de los problemas jurídicos, vaya a interesar muy poco a la comunidad de juristas. Tengo que aclarar que no es a esta clase de Filosofía del derecho la que voy a tener en cuenta a la hora de considerar su construcción temática, en virtud de su condición de “ajena” a los juristas.

La segunda opción o forma de hacer Filosofía del derecho *no* es como *filósofos* sino como “juristas”: la Filosofía del derecho *de los juristas*. Este modo de abordar la especulación teórico-jurídica o filosófico-jurídica no es ya desde la Filosofía sino desde la “experiencia jurídica” misma.⁴ Se trata de una Filosofía del derecho que responde a menudo a concepciones que son *autónomas* de los juristas, esto es, independientes de otras reflexiones filosóficas más generales, lo que no es óbice para que puedan establecerse otro tipo de conexiones sociales e intelectuales. Aquí, a diferencia del filósofo que se mete a jurista, “el jurista-filósofo [o teórico —teórico del derecho—] se plantea «filosóficamente» el problema del derecho cuando advierte la insuficiencia de los criterios técnico-jurídicos para desentrañar el sentido de sus conceptos fundamentales”.⁵ Es decir, opera inversamente —partiendo de la experiencia jurídica— a como lo haría el filósofo que juega a ser jurista.

La mayor reivindicación de la Filosofía del derecho de los juristas es que debe partir y desarrollarse desde una base

² Guastini, R., “Imágenes de la teoría del derecho”, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1999, p. 17.

³ Bobbio, N., “Naturaleza y función de la filosofía del derecho”, *Contribución a la teoría del derecho*, edición a cargo de A. Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1990, p. 93.

⁴ Pérez Luño, A.E., “Concepto del derecho y experiencia jurídica”, *Lecciones de filosofía del derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, cit., pp. 69-72.

⁵ Pérez Luño, A. E., “El concepto de filosofía del derecho”, cit., p. 74.

empírica: la realidad del derecho, la experiencia jurídica y el material aportado por la ciencia jurídica, y no otras vías *etéreas*. Téngase en cuenta que “una Filosofía del derecho que pretenda ignorar a la ciencia jurídica es un error que conduce a una elucubración abstracta carente de base real”.⁶ Por eso, la función que aquí adquiere la Filosofía del derecho (de los juristas) es muy diferente a la anterior (la de los filósofos), cuyo campo de análisis ahora son aquellos problemas o aquellas cuestiones “jurídicas” que “no son abordadas de modo expreso o que los juristas dan por supuestas en su trabajo cotidiano de intérpretes del derecho positivo”.⁷

Como jurista (que practica la Filosofía del derecho), esto es, como *teórico del derecho*, esta clase de Filosofía del derecho es la que me es familiar. Y es la que consideraré en este texto para abordar su delimitación temática, tratando de responder a la pregunta: ¿cuáles son los temas identificados generalmente como “de Filosofía del derecho” que nos interesan a los juristas? Aquí, el referente principal es Norberto Bobbio. Para él, la filosofía jurídica “se compone de tres partes que llamo respectivamente: a) *Teoría del derecho*; b) *Teoría de la justicia*; c) *Teoría de la ciencia jurídica*”.⁸ Estos tres campos temáticos dibujan en mayor medida el contorno de las “ramas” o sub-áreas de especulación a identificar como Filosofía del derecho de los juristas. Entre ellas no figura —como puede constatarse— una explícita *Historia de la Filosofía del derecho*. La razón de tal ausencia no se encuentra en el rechazo del maestro italiano al criterio histórico como razón epistemológica, sino que responde a que el profesor de Turín no es partidario de “las historias de la Filosofía del derecho como obras con sustantividad propia, porque generalmente son (y no pueden ser de otra manera) elencos de doctrinas más bien heterogéneas”. Por

⁶ Peces-Barba, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, Madrid, Debate, 1994, p. 161.

⁷ *Ibidem*, p. 94.

⁸ *Ibidem*, p. 98. La cursiva es nuestra.

lo que él prefería “dirigirse a las doctrinas del pasado tema por tema, problema por problema” y no en un sentido sistemático, dada aquella heterogeneidad invencible.⁹

II. CONVERGENCIAS Y DIVERGENCIAS EN LA DOCTRINA

Desde un sentido clarificador de la cuestión que estamos examinando, parece aceptable asumir inicialmente la *triada temática* del profesor de Turín como punto de partida configurador de la Filosofía del derecho de los juristas si esto nos ayuda a delimitar cuál es el contenido material de ese conocimiento iusfilosófico o teórico-jurídico, por lo habitual excesivamente borroso, difuso y confuso. Así, pues, además de que posibilita aclarar y particularizar cuáles son los temas principales sobre los que versa la Filosofía del derecho desde el punto de vista del interés de los juristas, hay que decir que se trata de una división temática que goza de aceptación en la doctrina y se encuentra ciertamente extendida, constituyendo un núcleo aproximado de consenso a la hora de definir qué tipo de saber jurídico es el que aporta la Filosofía del derecho en el conjunto del conocimiento del derecho, y cuál *no* le corresponde porque pertenece a otro campo cognoscitivo del derecho o de la Filosofía. Sin embargo, dicho consenso temático no se ha salvado del debate doctrinal ni de críticas sólidas que lo han puesto en cuestión. Por lo que necesariamente le prestaremos atención. Eso sí, hay que reconocer que desde el señalamiento temático de Bobbio, las propuestas que lo discuten se limitan más bien sólo a revisarlo parcialmente en alguno de sus aspectos, pero sin ofrecer por lo general una alternativa integral.

En la doctrina, destacados filósofos del derecho —ya sean del ámbito iusnaturalista o positivista normativo o analítico— siguen aproximadamente la tripartición del italiano. El primero que hay que traer a colación es H. L. A. Hart, el

⁹ *Ibidem*, p. 99.

cual ha dividido la Filosofía del derecho en “tres grupos de cuestiones” que concreta en los “problemas de definición y análisis, problemas de razonamiento jurídico y problemas de crítica jurídica”.¹⁰ Los problemas hartianos de definición y análisis coincidirían aproximadamente con la propuesta bobbiana de *teoría del derecho*. Los problemas hartianos de razonamiento jurídico, con la de *teoría de la ciencia jurídica*. Y los problemas hartianos de crítica jurídica son asimilables a la *teoría de la justicia* bobbiana. En la opinión del catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid, Gregorio Peces-Barba, “se suele coincidir en estos tres temas, uno que reflexiona sobre el propio conocimiento científico sobre el derecho, sobre metodología y lógica jurídica, otro sobre el concepto de derecho y, por fin, otro, sobre los valores jurídicos, o la teoría del derecho justo”.¹¹ El catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid, Elías Díaz coincide en que “estas tres zonas de cuestiones son las que parecen proponerse, con mayor grado de convergencia entre los autores, como contenido de una Filosofía jurídica actual”.¹²

Desde la perspectiva del profesor de la Universidad de Salamanca, José Delgado Pinto, se observan del mismo modo los siguientes temas en la Filosofía del derecho: “el tema de la justicia y del derecho justo”, además “la elaboración de una teoría acerca de la realidad misma del derecho”, que coincidiría con la propuesta bobbiana de *teoría del derecho*, y por último “la reflexión crítica sobre las cuestiones atinentes a una epistemología y a una lógica y metodología jurídicas”, que se correspondería con la *teoría de la ciencia jurídica* bobbiana.¹³ De una opinión similar es Antonio Enrique Pérez Luño. El catedrático de la Universidad de Sevilla identifica a la temática iusfilosófica con el “ser”, el “deber” y el “conocer” como temas generales de la filosofía

¹⁰ Hart, H. L. A., “Problems of the Philosophy of Law”, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 2001, p. 89.

¹¹ Peces-Barba, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., p. 251.

¹² Díaz, E., *Sociología y filosofía del derecho*, Madrid, Taurus, 1993, p. 253.

¹³ Delgado Pinto, J., “Los problemas de la filosofía del derecho en la actualidad”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, núm. 15, 1975, p. 38.

pero referidos al campo del Derecho.¹⁴ El “ser” en el derecho se correspondería con la *teoría del derecho*. El “deber” en el derecho sería asimilable a la propuesta de *teoría de la justicia*; y el “conocimiento” en el derecho tendría su par en la *teoría de la ciencia jurídica* de N. Bobbio. En la misma dirección se expresa Manuel Atienza. Para el catedrático de la Universidad de Alicante “Aunque propiamente no se pueda hablar de partes en la filosofía del derecho, es usual distinguir tres sectores que se corresponden con las tres cuestiones esenciales”, que él concreta a las temáticas: “qué es el derecho”, equiparable a la propuesta bobbiana de *teoría del derecho*; “cómo se puede conocer” el derecho, cuya correspondencia sería la propuesta de *teoría de la ciencia jurídica*; y finalmente al asunto de “cómo debería ser” el derecho, análogo a la propuesta de N. Bobbio acerca de la *teoría de la justicia*.¹⁵

Sin embargo, también existen en la doctrina opiniones divergentes que no son necesariamente tan coincidentes con la del profesor de Turín, y que merece la pena tener en cuenta. Me referiré a tres de ellas: las de Riccardo Guastini, Robert Alexy y Alf Ross. La perspectiva de Riccardo Guastini asume como punto de partida la triada temática de N. Bobbio, pero a continuación se aleja a veces de ella. Según el profesor de la Università di Genova, “hay dos tipos de FD [Filosofía del derecho]: la FD *de los filósofos* (el método o estilo «filosófico» en FD) y la FD *de los juristas*. [Y] La FD de los filósofos es, según mi propuesta, la FD sin ulteriores especificaciones; la FD de los juristas no es otra cosa que la TD [Teoría del derecho]”.¹⁶ El italiano aduce dos sentidos y dos razones para justificar a la Teoría del derecho como Filosofía del derecho de los juristas. La primera razón es que ese tipo de Filosofía del derecho no puede ser practicada “más que por juristas profesionales (no se puede hacer este

¹⁴ Pérez Luño, A. E., *Lecciones de filosofía del derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, cit., pp. 28-32.

¹⁵ Atienza, M., *El sentido del derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 249.

¹⁶ Guastini, R., “Imágenes de la teoría del Derecho”, cit., p. 17.

tipo de FD sin conocer el derecho)". Y la segunda razón es que la reflexión iusfilosófica ejercida por los juristas "es un ejercicio filosófico útil para los propios juristas (y quizá sólo para ellos): su objetivo fundamental es la crítica (y quizás el progreso) de la ciencia jurídica".¹⁷

Desde la perspectiva de Robert Alexy, determinar el contenido material de la reflexión iusfilosófica viene a equipararse con responder a la cuestión de cómo definir la naturaleza de la Filosofía del derecho, para lo cual es necesario resolver las siguientes tres clases de problemas temáticos. El primer problema temático trata de la pregunta "en qué clase de entidades consiste el derecho, y cómo están conectadas estas entidades de tal modo que conforman la entidad global que llamamos «derecho»". Y se traduce en el problema del "concepto de norma y de sistema normativo", mientras que el segundo y tercer problema tienen que ver con "la validez del derecho". Concretamente, el segundo problema temático se pregunta "por la dimensión real o fáctica" del derecho y se circunscribe al área del positivismo jurídico. El tercer problema de la naturaleza de la Filosofía del derecho está relacionado con "la corrección o legitimidad del derecho", y en este problema el asunto principal es "la relación entre derecho y moral".¹⁸ Para R. Alexy, esta "triada de problemas" constituye el meollo temático de la Filosofía del derecho.

Y por último, la opinión de Alf Ross, que rotundamente diverge de la triada bobbiana a la hora de definir el contenido de la Filosofía del derecho. Lo que diferencia en mayor medida su posicionamiento de los demás enfoques es que él declara la imposibilidad de predicar el carácter "sistemático" de la Filosofía del derecho como saber jurídico sobre el derecho, ya que estima que la Filosofía del derecho no tiene un "objeto propio" que pueda diferenciarla del que contempla la ciencia. Por lo que, desde su punto de vista, "no es

¹⁷ *Ibidem*, p. 18.

¹⁸ Alexy, R., "La naturaleza de la filosofía del derecho", *Doxa*, Alicante, núm. 26, 2003, p. 151.

conveniente hablar [siquiera] de «filosofía del derecho» si con ello aludimos a un ámbito de investigación y cognoscitivo que se encuentra sistemáticamente delimitado, sino como mucho de “problemas iusfilosóficos” en el sentido de problemas jurídicos que en cada momento los observadores del derecho y los estudios jurídicos consideren que hay que enfocar desde el análisis filosófico.¹⁹

Tampoco coincide con la triada temática bobbiana el catedrático de la Universidad de León Juan Antonio García Amado. Desde su óptica, la Filosofía del derecho abarca los siguientes ámbitos temáticos: *ontología jurídica*, *epistemología jurídica*, *teoría general del derecho* y *filosofía socio-jurídica*, denominación última en la que asimismo coincidiría con el catedrático de la Universidad de Murcia Rafael Hernández Marín.²⁰

III. LOS JURISTAS Y LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LOS TEMAS DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

En virtud de su utilidad delimitadora, probablemente es una opción correcta asumir que a la hora de dibujar el perfil del contorno problemático, temático, cognoscitivo e investigador contemporáneo de la *Filosofía del Derecho de los juristas* no debemos prescindir de los tres criterios bobbianos mencionados en el epígrafe anterior. Ellos nos pueden ayudar a identificar en mayor medida que otros indicadores el contenido de la tarea de los juristas que también ejercemos como filósofos del Derecho y que nos negamos a aceptar el *arrinconamiento* del Derecho y de la experiencia jurídica que caracteriza a la Filosofía del Derecho de los filósofos.

¹⁹ Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de G. R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 2006, p. 50.

²⁰ García Amado, J.A., “La filosofía del derecho y sus temas. Sobre la no necesidad de la Teoría del derecho como sucedáneo”, *Persona y derecho*, núm. 31, 1994, pp. 109-155.

Un primer ámbito temático de la Filosofía del Derecho de los juristas ha sido construido como ontología jurídica” o *Teoría del Derecho* en sentido estricto, cuyo objeto cognoscitivo se ha centrado en el “ser” del Derecho y versa principalmente sobre la determinación del concepto de Derecho.²¹ Lo primero que hay que decir sobre el contenido de la teoría del Derecho es que como parte integrante de la reflexión filosófico-jurídica, ella participa de las características de ésta (“problematicidad” y “criticidad”). Se trata de una especulación y de un saber centrado en los “problemas” sobre el ser del derecho. Téngase en cuenta que la “problematicidad” como rasgos identificador de la *Filosofía del derecho de los juristas* la iguala con las demás disciplinas jurídicas al situar como punto de partida a los “problemas” de la “experiencia jurídica”, desde la idea general de que la tarea principal del jurista es la de resolver los problemas (individuales y colectivos) de las personas. Y por otro lado, este espacio temático también está impregnado de una dimensión “crítica” sobre el *ser* del derecho, sobre las concepciones del derecho vigentes, esto es, su cuestionamiento, siendo su función precisamente la de determinar si esas concepciones son correctas o no lo son. Aquí, la “criticidad” como rasgo identificador de la Filosofía del derecho “de los juristas”, la distingue del resto de disciplinas jurídicas generando un “modelo de jurista crítico”, y lo hace en contraposición a las demás materias que intervienen en la formación de los juristas, las cuales habitualmente suministran (explícita o implícitamente) un modelo de jurista “acrítico” —tal como lleva a cabo por lo general la dogmática jurídica—, mero conocedor del derecho positivo pero sin capacidad de evaluación del mismo. Claro está, en este ámbito cognoscitivo, dada la pluralidad de perspectivas desde las que se puede afrontar el concepto de derecho, la definición de un concepto unánime del derecho es tarea casi imposible, teniendo que acudir sin más remedio necesariamente a la aceptación de la diversidad de planteamientos. Esto pue-

²¹ Bobbio, N., “Naturaleza y función de la filosofía del derecho”, *cit.*, p. 98.

de ser un inconveniente porque bloquea una noción clara y ultra-perfilada del derecho, pero también una ventaja porque dicha diversidad es la expresión de la dimensión “crítica” que singulariza a la materia Filosofía del derecho en cualquiera de sus ámbitos cognoscitivos en los que se expresa.

Claro están, como reflexión de carácter *general* sobre el ser del derecho, la teoría del derecho se eleva por encima de los elementos normativos particulares que proporciona la experiencia jurídica. A este respecto, puede ser una instancia óptima a la hora de examinar el contenido de la teoría del derecho acudir a *The Concept of Law* de Herbert Hart, que es en buena medida una reflexión sobre lo que el derecho *es* y sobre lo que *no es*, dirigida a “hacer avanzar la teoría jurídica proporcionando un análisis más elaborado de la estructura de un sistema jurídico, y una mejor comprensión de las semejanzas y diferencias entre el derecho, la coacción y la moral, como tipos de fenómenos sociales”.²² Ahora bien, es de N. Bobbio de quien podemos obtener una de las mejores respuestas a la cuestión de en *qué* consiste la teoría del Derecho. El italiano asimila la *teoría del derecho* a una *teoría del ordenamiento jurídico*, a partir de la idea de que “por «derecho» se entiende no una norma aislada, sino un conjunto de normas y, por tanto, el concepto de derecho sólo puede ser aclarado haciendo referencia no ya a un tipo de norma sino a un tipo de conjunto de normas”.²³ Y desde este punto de vista, divide la teoría del ordenamiento jurídico en una lista de seis temas, que son los siguientes: “1) composición (concepto de norma y distintos tipos de normas); 2) formación (teoría de las fuentes del derecho); 3) unidad (validez y norma fundamental); 4) plenitud (lagunas y su integración); 5) coherencia (antinomias y

²² Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961; trad. de Genaro R. Carrió, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 21.

²³ Bobbio, N., “Naturaleza y función de la filosofía del derecho”, *cit.*, p. 98.

su eliminación); 6) relaciones entre ordenamientos (relaciones espaciales, temporales y materiales)".²⁴

Para el profesor G. Peces-Barba, "la Teoría del derecho es el núcleo inicial, y el punto de partida necesario para toda la restante reflexión iusfilosófica, especialmente para la teoría de la justicia", debiéndose ocupar

...del establecimiento del concepto de derecho", lo que "supone tratar al menos los siguientes problemas: 1) Crítica de la dogmática; 2) Relaciones entre derecho y poder; el fundamento último de la validez del derecho; 3) El contenido material del derecho: la ordenación de la vida social humana; 4) El derecho como ordenamiento; 5) Estructura y función del derecho; 6) Conceptos fundamentales del derecho; 7) Distinción de otras materias afines."²⁵

Lógicamente, una temática de este tipo significa, por un lado, asumir un punto de vista "normativo" del derecho y, por otro lado, enfocar todos los temas de teoría del derecho a partir de la idea del derecho como "sistema". Es decir, se trata de una perspectiva *sistémica* del derecho que no plantea problemas a la hora de abarcar el concepto de derecho, y que contempla la teoría de las normas desde una concepción holística.²⁶

Por su parte, Alberto Montoro Ballesteros ha distinguido tres líneas de desarrollo de la ontología jurídica, a modo de "tres visiones, tres modos diferentes de comprender y explicar la realidad jurídica (el ser del derecho)". El catedrático de la Universidad de Murcia diferencia, en primer lugar, "La Filosofía del derecho como *ontología jurídico-material*", cuya temática "gira en torno a la pregunta por el contenido sustancial del derecho: lo justo o el derecho justo". En segundo lugar, "La Filosofía del derecho como *ontología jurí-*

²⁴ *Ibidem*, p. 98.

²⁵ Peces-Barba, G., "La teoría del derecho", *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., p. 265.

²⁶ Bobbio, N., *Teoría general del derecho*, trad. de E. Rozo, 1a. ed., Madrid, Debate, 1991 (2a. ed., Bogotá, Temis, 2005), p. 153.

dico-formal”, cuyo objeto “consiste fundamentalmente en la elucidación y estudio de la estructura y de las formas esenciales, constitutivas del derecho”. Y, en tercer lugar, “La Filosofía del derecho como *ontología jurídica integral*”, que “se trata de la búsqueda, de un intento de integración y síntesis de la ontología jurídico-material y la ontología jurídico-formal, poniendo de relieve sus interconexiones y relaciones de interdependencia”.²⁷

Sin duda, la construcción de la *teoría del derecho* como campo temático y problemático de la Filosofía del derecho exige preguntarnos si es posible distinguirla de la *teoría general del derecho*. En un principio, la *dificultad* de deslindar a una de la otra tiene que ver con el hecho de que la *teoría del derecho* es en sí una teoría “general” sobre el derecho, por lo que habría que analizar si realmente existen diferencias entre ellas. Aquí puede llevar razón N. Bobbio cuando afirma que “sólo una tajante distinción entre filosofía del derecho y ciencia del derecho permite evitar los equívocos de las zonas fronterizas, como es precisamente la teoría general, la cual, cuando la distinción no es tajante, viene a caer en uno u otro territorio según la atraigan intereses prácticos a una parte más que a otra; así se suscitan esos híbridos de filosofías del derecho”.²⁸ Sí hay que decir que, en general, una buena parte de la doctrina concibe a una y otra materia desde el criterio de la “identificación aproximada”. Por lo que no habría, en este sentido flexible, diferencias cualitativas entre ellas.

En relación a esta controversia, para Hans Kelsen el derecho como *debe-ser* se corresponde con una teoría de la justicia, que es a lo que se restringiría la Filosofía del derecho, mientras que el derecho como *ser* se equipara con la teoría general del derecho, que incluiría temáticamente una teoría del derecho y una teoría del conocimiento jurídico,

²⁷ Montoro Ballesteros, A., “Ontología jurídica en perspectiva histórica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XVI, Revista Oficial de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Madrid, Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 287.

²⁸ Bobbio, N., “Naturaleza y función de la filosofía del derecho”, *cit.*, p. 88 y 89.

ambas de naturaleza científica. De modo que según el austriaco, teoría del derecho y teoría general del derecho formarían parte de la misma clase de contenido y de la misma naturaleza científica pero no abarcarían lo mismo. Puede decirse que entre las dos él concibe una relación de “identidad” pero de carácter “asimétrico”. Desde la perspectiva de N. Bobbio, que aunque originariamente en la década de los cincuenta²⁹ se encontraba más cerca del punto de vista kelseniano y no entendía a la teoría general del derecho como parte de la reflexión iusfilosófica porque le atribuía carácter de teoría formal y científico-jurídico,³⁰ su posición posterior prácticamente viene a identificar teoría del derecho y teoría general del derecho como una misma materia temática que se adscribe a la Filosofía del derecho.³¹ Pensando, por tanto, la relación entre las dos como una relación de “identidad” de carácter “simétrico”. En el mismo sentido, G. Peces-Barba también concibe entre teoría del derecho y teoría general del derecho relaciones de identidad simétricas, y le atribuye a esta temática resultante carácter iusfilosófico porque “pretende establecer el concepto y el significado del derecho, basado por supuesto en la información que proporciona la ciencia, pero con un nivel de abstracción y generalidad, en el marco de la historia y de la cultura jurídica”.³² De modo parecido, Luis García San Miguel también acepta una relación de identidad entre las dos temáticas, pues considera que la teoría del derecho en sentido estricto es la teoría general del derecho, pero en vez de adscribirla al ámbito de la Filosofía del derecho lo hace indistintamente a la Filosofía del derecho y al campo de la ciencia jurídica, porque esa materia puede tener carácter científico pero también a veces consistir en una reflexión iusfilosófica; y

²⁹ Cfr. Guastini, R., “Imágenes de la teoría del derecho”, *cit.*, pp. 23 y 24 y 58-77.

³⁰ Bobbio, N., “Filosofía del derecho y teoría general del derecho”, *Contribución a la teoría del Derecho*, *cit.*, pp. 82-86.

³¹ Bobbio, N., “Naturaleza y función de la filosofía del derecho”, *cit.*, pp. 91-101.

³² Peces-Barba, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, *cit.*, p. 185.

esto dependerá de la perspectiva adoptada por el investigador que opera con ella.³³

Al entender de R. Hernández Marín, la filosofía del derecho “tiene sólo dos partes: la teoría general del derecho y la teoría de la ciencia jurídica”.³⁴ Y considera a la teoría del derecho un “sustituto ilegítimo” de la teoría general del derecho,³⁵ a la que atribuye carácter iusfilosófico. Constatando entre las dos una relación de “asimilación” de la primera hacia la segunda. A continuación, “la teoría general del derecho (TGD) se divide en una teoría general de las normas jurídicas, aisladamente consideradas, y en una teoría general de las relaciones entre normas jurídicas. La primera puede ser llamada «teoría general de las normas jurídicas»; a la segunda se la conoce con el nombre de «teoría del ordenamiento jurídico» o «teoría del sistema jurídico»”.³⁶ Eso sí, partiendo de que la teoría del ordenamiento jurídico (TOJ) presupone la teoría general de las normas jurídicas (TGNJ), en mayor medida identifica la ontología jurídica con la teoría general de las normas jurídicas.³⁷

En la disquisición de Manuel Atienza, la teoría general del derecho estudia los conceptos generales y formales del derecho, lo que la distingue de la dogmática jurídica dedicada a configurar conceptos de menor nivel de abstracción,

³³ García San Miguel, L., *Notas para una crítica de la razón jurídica*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho-Universidad Complutense, 1985, pp. 18-43.

³⁴ Hernández Marín, R., “Concepto de la filosofía del derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. X, Revista Oficial de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Ministerio de Justicia, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1993, p. 176, y que aclara previamente en la p. 175, que “hay dos clases de filosofía jurídica: una relativa a Derecho como fenómeno aislado; otra, que lo contempla como un fenómeno social, relacionado con otros fenómenos sociales. La primera relativa al Derecho estrictamente, puede ser llamada «filosofía del Derecho en sentido estricto» o, simplemente, «filosofía del Derecho»; la segunda, que es un aspecto de la filosofía social, que es la reflexión filosófico-social aplicada al Derecho, puede ser llamada «filosofía socio-jurídica» (que no debe ser confundida con la sociología jurídica)”.

³⁵ *Ibidem*, pp. 184-186.

³⁶ *Ibidem*, p. 176.

³⁷ Hernández Marín, R., “Concepto de la filosofía del derecho”, *cit.*, pp. 180-182.

pero su marco temático es *interno* al derecho dado que no cuestiona el derecho con el que opera, y *no* tiene por eso carácter iusfilosófico. Sin embargo, la temática de la ontología o teoría del derecho es *externa* al derecho, porque sí cuestiona el marco del derecho en el que opera, y tiene, en este sentido, carácter iusfilosófico.³⁸ Con la misma orientación se ha manifestado Eusebio Fernández.³⁹ Por su parte, R. Guastini no contempla más que la teoría del derecho, a la que, por tanto, asimila la teoría general del derecho, e identifica con la Filosofía del derecho de los juristas.⁴⁰ Y habla de la teoría del derecho como teoría “general” en sentido “fuerte” o *universal*, a la que atribuye “un cierto poso iusnaturalista”; en sentido “débil” o *transordinamental* “de una serie circunscrita de ordenamientos (coetáneos) que presentan características comunes”; y en sentido “debilísimo” o *transectorial* “de conceptos y principios comunes a los diversos sectores de un mismo ordenamiento”.⁴¹ Por último, también es de interés la opinión del profesor Ramón Soriano, que asimila el contenido temático de la teoría del derecho a la de teoría general del derecho, prefiriendo esta terminología, y atribuyéndola al ámbito de la Filosofía del derecho, dada “la abundancia de estudios sobre los diversos campos de la Teoría general del derecho positivo producidos por profesores e investigadores españoles del área de Filosofía del derecho, siguiendo la práctica común e inveterada de profesores e investigadores de otras latitudes”.⁴²

Un segundo ámbito temático de la Filosofía del derecho de los juristas ha sido confeccionado contemporáneamente como “gnoseología jurídica” o “epistemología jurídica”: la *Teoría de la ciencia jurídica*, cuyo objeto cognoscitivo versa sobre los *métodos* de conocimiento del derecho. En pala-

³⁸ Atienza, M., *Introducción al derecho*, Barcelona, Barcanova, 1994, p. 369.

³⁹ Fernández, E., *Estudios de ética jurídica*, Madrid, Debate, 1990, p. 27.

⁴⁰ Guastini, R., “Imágenes de la teoría del derecho”, *cit.*, pp. 17-19.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 22 y 23.

⁴² Soriano, R., *Compendio de teoría general del derecho*, 2a. ed. corregida y aumentada, Barcelona, Ariel, 1993, pp. 11-26.

bras de N. Bobbio, la teoría de la ciencia jurídica consiste en el “estudio de los procedimientos intelectuales adoptados por los juristas para determinar, interpretar, integrar y conciliar entre sí las reglas de un sistema jurídico”.⁴³ Vendría a corresponderse con lo que tradicionalmente se ha identificado como “teoría del conocimiento jurídico”, o “lógica jurídica”, o “metodología jurídica”, o “metajurisprudencia”, aun cuando, como afirma el profesor Jesús Vega, la terminología teoría de la ciencia jurídica “puede considerarse consolidada desde la mitad del pasado siglo a partir de trabajos clásicos como los de Cairns (1941) o Bobbio (1950)”.⁴⁴ En relación a esto, hay que tener en cuenta que la Filosofía del derecho se ha ocupado del análisis del conocimiento jurídico, sobre todo a partir del siglo XIX en cuanto se produjo la separación entre *Filosofía* y *Ciencia* promovida por las concepciones *positivistas*. Aunque, las relaciones entre “Ciencia” (jurídica: jurisprudencia) y “teoría de la ciencia” (jurídica: metajurisprudencia) son complejas y dependen de cuál es la naturaleza de la ciencia jurídica, pues no siempre es la misma, y cuál es la concepción de la ciencia general o jurídica que sostiene a la metajurisprudencia.⁴⁵

En opinión de R. Hernández Marín, la teoría de la ciencia jurídica es “un tema central de la filosofía jurídica, conforme a una tradición filosófica (tanto en el ámbito de la filosofía general, como en el más estricto de la filosofía jurídica) y conforme, especialmente, a la filosofía contemporánea, que ha sido y es en gran medida filosofía de la ciencia”. E identifica ciencia jurídica con dogmática jurídica, “que se ocupa del derecho, no como fenómeno social, sino como un fenómeno aislado, [por lo que] se puede decir que, al estudiar la ciencia jurídica, la filosofía del derecho tiene que ver, aun-

⁴³ Bobbio, N., “Naturaleza y función de la filosofía del derecho”, *cit.*, p. 99.

⁴⁴ Vega, J., “El lugar de la teoría de la ciencia jurídica en la filosofía del derecho”, en varios autores, *Teoría y metodología del derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, 2008, 4 vols., vol. II, p. 1.167, prefiere la terminología de epistemología jurídica.

⁴⁵ Bobbio, N., “Ser y deber ser en la ciencia jurídica”, *Contribución a la teoría del derecho*, *cit.*, pp. 201-204.

que sólo de forma indirecta, con el derecho como fenómeno aislado”. Y de cara a la formación del jurista, “la importancia de la TCJ [teoría de la ciencia jurídica], concebida del modo descrito, reside en que esta materia es lo que permite al jurista tomar conciencia de su propia actividad, de su propio discurso acerca del derecho”.⁴⁶ Según H. Kelsen, “la ciencia del derecho sólo puede describir el derecho; no puede, a diferencia del derecho producido, en normas generales e individuales, por la autoridad jurídica, prescribir algo”. Además, “la ciencia del derecho es conocimiento de éste, no conformación del mismo. Pero en la jurisprudencia tradicional reina la tesis de que la ciencia del derecho puede y debe también actuar como conformadora del derecho”. Sin embargo, para el jurista austriaco esto supone una confusión entre ciencia y política jurídica.⁴⁷

Como parte integrante de la Filosofía del derecho, la teoría de la ciencia jurídica participa de sus mismas características, por lo que se trata de una reflexión iusfilosófica y de un saber jurídico centrado en los *problemas* sobre el conocimiento del derecho. Tal como he referido y afirma G. Peces-Barba, “la Filosofía del derecho no se puede construir al margen de la ciencia jurídica, ni prescindiendo de ella”. Se trata de “una reflexión que podemos calificar de descriptiva y crítica al mismo tiempo, asumiendo con la calificación de crítica” la posibilidad “de que la teoría de la ciencia jurídica —que Bobbio llama también metajurisprudencia—, pueda ser prescriptiva”. Y cuya concreción temática debe incluir los siguientes “escalones de reflexión sucesivos”: 1) Los problemas generales; 2) La historia de la ciencia jurídica y de su teoría; 3) La materia y la finalidad de la ciencia jurídica; 4) La fundamentación científica del conocimiento jurídico; y 5) El carácter de la Teoría de la ciencia jurídica”.⁴⁸

⁴⁶ Hernández Marín, R., “Concepto de la Filosofía del Derecho”, *cit.*, p. 182.

⁴⁷ Kelsen, H., *Teoría pura del derecho* [1934 y 1960], traducción española de la 2a. ed. alemana de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993.

⁴⁸ Peces-Barba, G., “La teoría de la ciencia jurídica”, *Introducción a la filosofía del derecho*, *cit.*, pp. 281 y 283.

En la visión del profesor Jesús Vega, la teoría de la ciencia jurídica abarca “cuatro ámbitos de problemas abiertos a la Filosofía del derecho —en cuanto reflexión totalizadora sobre la experiencia jurídica— cuya dilucidación es de naturaleza formalmente epistemológica o perteneciente a una teoría de la ciencia jurídica”, y que pueden agruparse “en las dos rúbricas siguientes: conocimiento *en* el derecho y conocimiento *sobre* el derecho”. Respecto al conocimiento “en” el derecho, la epistemología jurídica “se configura como una «metametodología» de la praxis jurídica”, y consiste en

...una reflexión sobre la estructura conceptual y metodológica del derecho mismo en tanto normatividad abstracta de dimensión material y formal (“nomoestática”, *law in books*, lado pasivo) y normatividad pragmáticamente operativa en el curso del proceso ejecutivo de los decisores jurídicos legislativos y jurisdiccionales (“nomodinámica”, *law in action*, lado activo).

Respecto al conocimiento “sobre” el derecho, la epistemología jurídica está centrada en

...aclarar las relaciones existentes entre los conceptos de “derecho” y “ciencia”, así como la problemática general de las ciencias jurídicas —organización y unidad interna, división y clasificación, principios y métodos, arquitectura teórica, etc.— serían las cuestiones fundamentales aquí abiertas a la filosofía jurídica *qua* análisis ahora “metacientífico”.

En relación a la dogmática, este planteamiento crítico “se concreta en dos frentes principales de problemas. El primero tiene que ver con las relaciones entre la dogmática y su objeto, el propio derecho —lo que podemos llamar su *estatuto interno*— y debe determinar las razones que hacen que esta disciplina haya asumido desde siempre el papel de ciencia «esencial» o por autonomasia del derecho”; y el segundo, “se plantea las relaciones entre la dogmática y otras

ciencias (*estatuto externo*) para preguntarse no ya si es disciplina jurídica sino si es científica”.⁴⁹

Según R. Hernández Marín, “los mismos [temas] en que se divide la filosofía de la ciencia, en la medida en que sean trasladables de un ámbito [filosofía de la ciencia] a otro [ámbito jurídico]”, son predicables de la teoría de la ciencia jurídica, que

...analiza los enunciados de la ciencia del derecho, tanto aisladamente como en sus relaciones recíprocas. El estudio de los enunciados científico-jurídicos aislados conduce a temas tan importantes como la interpretación del derecho y la aplicación del derecho. El análisis de las relaciones, concretamente relaciones lógicas, existentes entre los enunciados científico-jurídicos conduce, por ejemplo, al estudio de la lógica, la axiomatización de teorías jurídicas y, eventualmente, a plantear la posibilidad de lógicas o formas de argumentación alternativas a la lógica.⁵⁰

Aquí hay que tener en cuenta que la descripción de la realidad jurídica que lleva a cabo la ciencia jurídica a modo de dogmática tiene consecuencias en la práctica jurídica y en este sentido afecta a las decisiones sobre los derechos y libertades fundamentales de la gente. Circunstancia que obliga a no olvidar que es necesario prestar atención al parámetro ideológico que está implícito en la forma de ver las cosas (jurídicas) por parte de la dogmática. Correspondiendo a la Filosofía del derecho, en su función de “teoría crítica del derecho”, *desenmascarar* cuál es ese criterio ideológico con el que está operando la dogmática en cada momento, y que se encuentra condicionando sus postulados y conclusiones. Algo que habrá que observar cuando se analice su estatuto epistemológico.⁵¹ G. Peces-Barba ha recalcado este

⁴⁹ Vega, J., “El lugar de la teoría de la ciencia jurídica en la filosofía del derecho”, *cit.*, pp. 1.173-1.174 y 1.176-1.178.

⁵⁰ Hernández Marín, R., “Concepto de la filosofía del derecho”, *cit.*, p. 182.

⁵¹ Calsamiglia, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Ariel, 1990, pp. 140-143.

aspecto de *crítica* a la dogmática como función principal de la Filosofía del derecho.⁵² Y en la misma dirección también se ha pronunciado Antonio Enrique Pérez Luño⁵³ o la profesora Marina Gascón, según la cual la Filosofía del derecho debe de operar “asumiendo una labor crítica del derecho y del saber dogmático que permita la formación de un jurista capaz de abrir su mente más allá de la normatividad empírica”.⁵⁴

Posiblemente una de las temáticas más relevantes en las que se adentra la teoría de la Ciencia jurídica consiste en determinar el estatuto gnoseológico del conocimiento jurídico, a fin de poder juzgar si el conocimiento jurídico tiene o no tiene carácter científico. Esta cuestión es muy discutida en la doctrina. A las posiciones que atribuyen carácter científico al conocimiento jurídico pertenece la opinión de H. Kelsen. El carácter normativo de la ciencia jurídica es susceptible de predicarse en los tres siguientes sentidos: en relación con su *objeto*, con su *método* y con su *función*. La ciencia jurídica es normativa en el primer sentido si su objeto está compuesto por normas; es normativa en el segundo sentido si describe su objeto mediante proposiciones normativas; y, por último, es normativa en el tercer sentido si su función consiste en prescribir comportamientos o proponer normas.⁵⁵ Pues bien, para H. Kelsen, la ciencia jurídica, que debe expresarse mediante proposiciones normativas que constituyen el tipo de lenguaje apropiado para

⁵² Peces-Barba, G., “La necesidad y la justificación de la filosofía del derecho: la crítica de la Dogmática jurídica”, *Introducción a la filosofía del derecho*, *cit.*, pp. 187-206.

⁵³ Pérez Luño, A.E., “La filosofía del derecho y la formación de los juristas”, *Sistema*, Madrid, 1982, núm. 49, pp. 90-93.

⁵⁴ Gascón Abellán, M., “Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. X, Revista Oficial de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Ministerio de Justicia, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1993, p. 193.

⁵⁵ Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, *cit.*, pp. 32-33; asimismo, *vid.* Bobbio, N., “Ser y deber ser en la ciencia jurídica”, *cit.*, pp. 197-200.

describir normas, tiene carácter “normativo” en los dos primeros sentidos, pero no lo tiene en el tercer sentido.⁵⁶

De entre las posiciones que *no* atribuyen carácter científico a la Dogmática jurídica podemos remontarnos a J.H.v. Kirchmann.⁵⁷ Pero también Alf Ross ha discutido la noción de “normatividad” como objeto de la ciencia jurídica, para proponer una ciencia realista del derecho.⁵⁸ Desde su consideración, la Filosofía del derecho no debe tener por objeto al derecho, porque de éste se ocupa ya la ciencia jurídica, ni tampoco a la axiología jurídica puesto que se trata de un sin sentido; sino que debe centrarse en el análisis de la ciencia del derecho. Dicho con sus palabras: “la filosofía del derecho dirige su atención hacia el aparato lógico de la ciencia del derecho, en particular hacia el aparato de conceptos”, por lo que “El objeto de la filosofía del derecho no es el derecho, ni parte o aspecto alguno de éste, sino la ciencia del derecho. La filosofía del derecho está, por así decir, un piso más arriba que la ciencia del derecho y la mira «desde arriba»”.⁵⁹

R. Guastini comparte aproximadamente este planteamiento, entendiendo que la teoría del derecho, que es Filosofía del derecho de los juristas, no es sino la Filosofía de la ciencia jurídica, o de la dogmática, y su instrumento básico es el análisis lingüístico. El objeto de la Filosofía del derecho es, pues, la dogmática y no el derecho, que sí es el objeto de la dogmática: “La línea de demarcación de las dos disciplinas puede ser clarificada con una simple noción lógica: la dogmática y la teoría del derecho se colocan en dos niveles del lenguaje distintos”. Si el derecho es “un

⁵⁶ Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, cit., pp. 84-88.

⁵⁷ Véase Kirchmann, J. H. v., *La jurisprudencia no es ciencia*, trad. De A. Truyol y Serra, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1985.

⁵⁸ Véase Ross, A., *Hacia una ciencia realista del derecho. Crítica del dualismo en el derecho*, trad. De J. Barboza, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, pp. 120 y 121; asimismo véase Ross, A., “Nota al libro de Kelsen *¿Qué es la justicia?*”, *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. de G. R. Carrió, México, Fontamara, 2001, pp. 40 y 41.

⁵⁹ Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 49.

lenguaje”, entonces la dogmática tiene por objeto el “discurso del legislador” (el derecho), y la teoría del derecho se ocupa “del discurso de la propia dogmática”.⁶⁰ Según el profesor de Génova, existen dos formas, tendencias o estilos de hacer teoría de la ciencia jurídica. Por un lado, desde el punto de vista “externo” a la ciencia jurídica, consistente en la descripción de la dogmática actual pero “sin inmiscuirse en las controversias entre juristas, sino únicamente arrojando luz sobre los aspectos prácticos (por ejemplo, proyectando luz sobre los presupuestos ideológicos y las implicaciones políticas de las tesis en conflicto)”. Este tipo de teoría de la ciencia jurídica es meramente “descriptiva”.⁶¹ Aquí la teoría de la ciencia jurídica tiene por objeto *normas* y, por consiguiente, sus enunciados son “proposiciones acerca de normas”. Se trata de una concepción *normativista* de la ciencia jurídica que genera una teoría de la ciencia jurídica “descriptiva”.⁶² Opuestamente, la otra forma de hacer teoría de la ciencia jurídica es desde el punto de vista “interno” a la ciencia jurídica, consistente en inmiscuirse en las controversias entre juristas, “proponiendo, por ejemplo, redefiniciones de los conceptos discutidos; redefiniciones destinadas, inevitablemente, a incidir sobre la interpretación de los documentos normativos”. Esta segunda forma de hacer teoría de la ciencia jurídica deriva hacia la propia dogmática para constituir una especie de “alta dogmática”.⁶³ Aquí la teoría de la ciencia jurídica, que es una concepción *conductista* (no-normativa) de la misma, tiene por objeto *comportamientos humanos*, en el sentido de “comportamientos productores de normas y/o guiados por normas”, y a este respecto sus enunciados expresan “proposiciones empíricas ordinarias”. La concepción *conductista* de la ciencia jurídica tiende a generar una teoría de la ciencia jurídica “prescrip-

⁶⁰ Guastini, R., “Imágenes de la teoría del derecho”, *cit.*, p. 27.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

⁶² Guastini, R., “Los juristas a la búsqueda de la Ciencia”, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, *cit.*, pp. 263 y 264.

⁶³ Guastini, R., “Imágenes de la teoría del derecho”, *cit.*, pp. 27 y 28.

tiva”, cuya función es la de reconstruir la dogmática jurídica.⁶⁴

Es discutible si ambos tipos de ciencia jurídica, la *dogmática* como teoría “descriptiva” y la *alta dogmática* como teoría “prescriptiva” de la ciencia jurídica, cumplen el estatuto epistemológico del conocimiento científico, o se trata más bien de reflexiones filosóficas meramente especulativas. En este ámbito, el profesor Albert Calsamiglia se ha decantado por una teoría de la ciencia jurídica que sea “descriptiva”, que trate de “describir el funcionamiento de la comunidad dogmática”.⁶⁵ Ahora bien, que sea una teoría descriptiva *no* cierra la cuestión, que entonces se va a replantear en términos de si la dogmática jurídica consiste en el conocimiento “científico” o se reduce a un mero conocimiento “técnico” del derecho. Pregunta que nos lleva a examinar lo que en realidad proporciona la dogmática jurídica. En este campo, al igual que J.H.v. Kirchmann, R. Guastini niega el carácter científico de la dogmática, en virtud de que “los juristas omiten comportarse como científicos (en el sentido común del término) y se comportan como fuentes del derecho. Bajo esta perspectiva, no parece ser adecuado para la jurisprudencia el nombre de «ciencia» del derecho, ya que es indistinguible de la política del derecho”.⁶⁶ Para Manuel Atienza, la dogmática jurídica es una *técnica*, no es una ciencia: “su objetivo no es el de conocer por conocer, sino el de conocer para actuar, para permitir la realización y evolución del derecho positivo”,⁶⁷ y como tal técnica la dogmática no es concebible sin tener en cuenta las decisiones jurídicas.

Finalmente, en la Filosofía del derecho de los juristas también se ha conformado un tercer ámbito temático: la *Teoría de la Justicia*, construido como “ética normativa” o “axiología jurídica” según la denominación utilizada por el

⁶⁴ Guastini, R., “Los juristas a la búsqueda de la Ciencia”, *cit.*, pp. 263 y 264.

⁶⁵ Calsamiglia, A., *Introducción a la ciencia jurídica*, *cit.*, p. 17.

⁶⁶ Guastini, R., “Los juristas a la búsqueda de la ciencia”, *cit.*, p. 274.

⁶⁷ Atienza, M., *Introducción al derecho*, *cit.*, p. 249.

profesor Elías Díaz.⁶⁸ Este campo temático de la Filosofía del derecho de nuestro tiempo interesa a todo jurista que asume que ineludiblemente el fin principal que persigue el derecho no puede ser otro que la justicia. Su objeto cognoscitivo, por tanto, es la justicia como fin del derecho. En virtud de este objeto cognoscitivo centrado en los *valores* del derecho,⁶⁹ dicha dimensión temática también ha sido denominada “ética jurídica” o incluso “filosofía del derecho socio-política” como la califica R. Hernández Marín.⁷⁰ Y tiene como presupuestos, por un lado, la afirmación de que es posible y deseable la relación entre derecho y justicia. Por otro lado, que la justicia es el valor más importante del derecho. Y, por último, que en el razonamiento jurídico tiene cabida el razonar sobre valores y el enjuiciar desde ellos al derecho positivo. En palabras de G. Peces-Barba, la teoría de la justicia “tiene la función de reflexionar críticamente sobre los valores del derecho positivo y proponer otros valores distintos, en su caso, para transformar los ideales jurídicos de ese ordenamiento jurídico positivo”, nucleándose, por tanto, su reflexión en “el derecho que debe ser, en los elementos de moralidad que debe contener un ordenamiento”.⁷¹

Como parte integrante de la Filosofía del derecho, la teoría de la justicia participa de sus mismas características, por lo que se trata de un saber jurídico centrado en “problemas” relacionados con los valores en el derecho. Pero, sobre todo, la teoría de la justicia resalta porque constituye el campo temático *más nítidamente crítico* de la Filosofía del derecho. Hay que decir que este espacio temático de la Filosofía del derecho ha experimentado un gran auge a partir del constitucionalismo contemporáneo, con la incorporación a nuestras Constituciones de normas con contenido

⁶⁸ Díaz, E., *Sociología y filosofía del derecho*, cit., p. 255.

⁶⁹ Bobbio, N., “Naturaleza y función de la filosofía del derecho”, cit., p. 98.

⁷⁰ Hernández Marín, R., *Introducción a la teoría de la norma jurídica*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 16.

⁷¹ Peces-Barba, G., “La teoría de la justicia: el derecho natural y los derechos fundamentales”, *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., p. 305.

moral, sea el caso de las que reconocen *valores*, o proclaman *principios* o establecen *derechos y libertades fundamentales*. Valores, principios y derechos, hoy constitucionalmente juridificados, que representan el ámbito de la teoría de la justicia imperante en un ordenamiento jurídico. Tal como dice Luigi Ferrajoli, ahora “la diferencia entre ser y deber ser *del* derecho expresado por la vieja dicotomía ley positiva/ley natural se ha transformado en gran medida en una diferencia entre ser y deber ser *en el* derecho, trasladándose al tejido mismo de los ordenamientos jurídicos positivos y configurándose como *incoherencia* o *antinomia* entre sus diferentes niveles normativos”, a consecuencia de lo cual el autor italiano ha distinguido entre “validez formal” (o *vigencia*) y “validez sustancial” de las normas.⁷² Claro está, en la medida en que el resto de normas deben ajustarse a esas normas constitucionales de contenido moral los juicios internos de validez normativa exigirán a los juristas desplegar “argumentaciones” también de carácter moral en las que tendrán que manejar y conformar decisiones racionales sobre valores. Con el constitucionalismo actual, la teoría de la justicia ha pasado *de* realizar *anteriormente* desde el ámbito de los valores una función de enjuiciamiento “*extrajurídico*” al derecho *a* llevar ahora a cabo un enjuiciamiento “*intrajurídico*” al derecho desde el propio ámbito interno del derecho (fundamentalmente en el nivel constitucional) *incorporador* de valores morales. De modo que si antes la teoría de la justicia era algo más bien ajeno a la dogmática jurídica, ahora se presenta como una actividad necesaria de la propia dogmática jurídica crítica.

En cualquier caso, además de lo que se ha mencionado en relación al constitucionalismo en nuestro tiempo (defini-

⁷² Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J.C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 1997, pp. 356 y 357; véase asimismo Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, epílogo de Gregorio Peces-Barba, Madrid, Trotta, 1995, p. 116, para quien la relación entre ley y Constitución es muy similar a la de ley y derecho natural, y la argumentación constitucional —y en mayor medida la que llevan a cabo los Tribunales Constitucionales— se asemeja al modo de argumentar en derecho natural.

do a menudo como *neoconstitucionalismo*⁷³), la justicia se presenta como un “valor jurídico” desde el momento en que consideramos al derecho el instrumento social por excelencia para realizar los valores de justicia y por el hecho de que no es posible imaginar una sociedad justa sin derecho. Asumir que un sector temático de la Filosofía del derecho se corresponde con la teoría de la justicia no quiere decir, en definitiva, sino que el derecho como tal puede ser evaluado en términos de su razonabilidad o irracionalidad. La reflexión sobre el derecho justo, como afirma Luis Prieto Sanchís, se traduce en este sentido en “abrirse al mundo de la legitimidad y de los valores”,⁷⁴ y en afirmar que existe, por consiguiente, una “conexión” entre el derecho y la justicia que no es posible ni deseable obviar.

Ya sea como una exigencia externa o interna a lo jurídico, la idea de justicia en el derecho la concibe N. Bobbio en un sentido *amplio*, definiéndola como “el conjunto de los valores, bienes o intereses para cuya protección o incremento los hombres recurren a esa técnica de convivencia a la que solemos dar el nombre de derecho”.⁷⁵ Elías Díaz define la axiología jurídica como el “enjuiciamiento crítico del derecho positivo desde un determinado sistema de valores; pero también, [la] confrontación racional y [el] análisis crítico de los diferentes posibles sistemas de valores que, de modo sucesivo (diacrónico) y simultáneo (sincrónico) tratan de presentarse como legítimos o justos”; axiología jurídica, a la que estima “una parte de la ética: como ética jurídica o análisis crítico de los valores jurídicos, teoría de la justicia principalmente, pero incluyendo también a los demás valores: libertad, paz, igualdad, etc.”.⁷⁶

⁷³ Véase Carbonell, M. (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta, 2007.

⁷⁴ Prieto Sanchís, L., “Un punto de vista sobre la filosofía del derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. IV, Revista Oficial de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Ministerio de Justicia, Madrid, Boletín Oficial del Estado, p. 606.

⁷⁵ Bobbio, N., “Naturaleza y función de la filosofía del derecho”, *cit.*, p. 98.

⁷⁶ Díaz, E., *Sociología y filosofía del derecho*, *cit.*, p. 255.

En relación a la ubicación de la teoría de la justicia en el ámbito de la Filosofía del derecho, la posición actual más aceptada es que por su dimensión crítica ocupa un lugar central. Así lo pone de manifiesto G. Peces-Barba, para quien

...hay coincidencia generalizada, incluso con evolución en los ambientes neopositivistas y analíticos, como lo prueba la obra de Hart [...] en la existencia de una reflexión, parte central, y, en algunos supuestos, única, de la Filosofía del derecho, sobre los valores jurídicos, el derecho justo, el derecho que debe ser, o la moralidad del derecho.⁷⁷

También para A. Kaufmann la teoría de la justicia es el tema nuclear de la Filosofía del derecho, y de hecho considera que “las dos preguntas fundamentales de la Filosofía del derecho [precisamente] son: 1) *qué* es el derecho justo, y 2) *cómo* lo reconocemos”.⁷⁸ Según Marina Gascón, “una Filosofía del derecho, incluso entendida de un modo riguroso, no puede abdicar de lo que generalmente se llama teoría de la justicia, pues tanto el análisis del lenguaje del derecho como el del lenguaje de los juristas —que a veces se confunden— desemboca en una reflexión acerca de la argumentación jurídico-moral y, a la postre, acerca del modo de legitimidad”.⁷⁹

Con la misma orientación, M. Atienza afirma que “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”.⁸⁰ Ahora bien, esta relevancia temática de la teoría de la justicia en la Filosofía del derecho no ha sido siempre así, tal como constató N. Bob-

⁷⁷ Peces-Barba, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., p. 251.

⁷⁸ Kaufmann, A., “Teoría de la justicia. Un ensayo histórico-problemático”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, núm. 25, 1985, pp. 37 y ss.

⁷⁹ Gascón Abellán, M., “Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica”, cit., p. 213.

⁸⁰ Atienza, M., *El sentido del derecho*, cit., p. 312.

bio en la década de los sesenta del siglo XX: “mientras los estudios de teoría del derecho han hecho notables progresos en estos últimos años, la teoría de la justicia ha sido olvidada”.⁸¹ Y, desde luego, además del neoconstitucionalismo, del auge temático experimentado por la teoría de la justicia en la Filosofía del derecho de las últimas décadas hay que hacer también responsable a la excelente difusión alcanzada por la obra *Teoría de la justicia* de John Rawls.⁸² De cualquier modo, esta ubicación tan relevante de la teoría de la justicia en la Filosofía del derecho, según José Delgado Pinto, no viene sino a enlazar coherentemente nuestra materia con una tradición que “dio sentido al jusnaturalismo como modo de pensamiento jurídico que cruza la historia intelectual de Occidente”.⁸³

IV. CONCLUSIÓN

De lo dicho sobre cómo se ha configurado contemporáneamente el contenido temático, problemático, cognoscitivo e investigador de la *Filosofía del derecho de los juristas* se pueden obtener algunas conclusiones relevantes:

I. La Filosofía del derecho *de los filósofos* constituye un “reduccionismo” de lo jurídico que deslegitima, por falta de interés, a la reflexión filosófico-jurídica ante la comunidad de juristas. La razón es que se trata de una *mera* “filosofía aplicada” de una filosofía general, elaborada más bien por filósofos (no por juristas) que (lógicamente) no conocen en absoluto el derecho o lo conocen muy poco. En cambio, en la Filosofía del derecho *de los juristas* la especulación filosófico-jurídica tiene como punto de partida no la Filosofía sino la “experiencia jurídica” y el material aportado por la ciencia del derecho. Se corresponde, pues, con la reflexión teó-

⁸¹ Bobbio, N., “Naturaleza y función de la filosofía del derecho”, *cit.*, p. 98.

⁸² Rawls, J., *Teoría de la justicia*, trad. de M. D. González, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

⁸³ Delgado Pinto, J., “Los problemas de la filosofía del derecho en la actualidad”, *cit.*, p. 26.

rico-jurídica en la que los *filósofos del derecho* actúan sino como *teóricos del derecho*, no existiendo diferencia alguna entre la tarea realizada de un modo y de otro. Por el contrario, entre dichas labores se abriría una *brecha* importante si lo que comparamos es la Filosofía del derecho de los *filósofos* y la tarea de los *juristas*. Muy posiblemente está cargado de razón Ricardo Guastini cuando afirma que la *Filosofía del derecho de los juristas* es hoy (al menos terminológicamente) equiparable a la *Teoría del derecho* concebida en un *sentido amplio*.

II. A la hora de definir el “contenido” de la *Filosofía del derecho de los juristas* no puede prescindirse (y hay que tomarla como punto de partida) de la triada temática de N. Bobbio. Respecto al ámbito de la *ontología jurídica* o *teoría del derecho* en *sentido estricto* no parece haber muchas diferencias con la teoría general del derecho, y se reconoce entre ellas una identidad prácticamente simétrica. Su ubicación es más polémica porque mientras que la teoría del derecho (ontología jurídica) es un *caso claro* de una materia integrante de la Filosofía del derecho de los juristas, la teoría general del derecho aparece como una materia “fronteriza” entre dicha filosofía jurídica y la ciencia jurídica positiva. Por lo que muy posiblemente caerá en un lado o en el otro dependiendo de las intenciones del jurista o investigador que opera con ella.

III. En la construcción del ámbito temático de la *Teoría de la ciencia jurídica* la atención que hoy se focaliza hacia la toma de *decisiones jurídicas* pondría de manifiesto la necesidad de ampliar la temática propia de este campo cognoscitivo (integrante de la Filosofía del derecho de los juristas) a la materia de *argumentación jurídica*. Cuatro razones sostienen lo anterior. En primer lugar, la teoría de la ciencia jurídica alcanza en la actualidad una importante dimensión como materia “argumentativa”, sobre todo y de modo imprescindible en el tratamiento y resolución de los casos difíciles (*hard cases*) por los jueces, pero también en el ámbito

de la legislación (*teoría de la legislación*). En segundo lugar, como afirma la profesora M. Gascón, la atribución de validez a una norma jurídica ya *no* puede estimarse como una cuestión únicamente formal de procedimiento y competencia del órgano, sino también como

...un problema sustantivo que requiere interrogarse sobre el contenido de dicha norma a la luz de todo un horizonte de valores plasmados en la Constitución; y, por consiguiente, la labor del jurista, sobre todo en los casos difíciles, no se limitará a una constatación de esos aspectos formales, sino que requerirá el desarrollo de toda una argumentación a partir de principios de moralidad.⁸⁴

De modo que es perfectamente admisible equiparar la racionalidad de la ciencia jurídica con la racionalidad de sus argumentos, esto es, con la posibilidad de comprobar los argumentos de las decisiones jurídicas con reglas de argumentación racional, lo cual nos deriva hacia las teorías de la argumentación jurídica. En tercer lugar, la argumentación jurídica podría desarrollar en el ámbito de la dogmática jurídica tres funciones principales: orientar la producción de normas, orientar la aplicación de las normas y sistematizar el ordenamiento jurídico o un sector de éste.⁸⁵ Y, por último, en cuarto lugar, si consideramos a la dogmática jurídica como una técnica sofisticada de interpretación, y si esa actividad (la posibilidad de evaluar la corrección de las decisiones jurídicas en la interpretación) tiene que ver con el uso correcto de las reglas de la argumentación, puede concluirse que parece muy razonable que la teoría de la argumentación jurídica sea considerada parte de la teoría de la ciencia jurídica.

⁸⁴ Gascón Abellán, M., "Consideraciones sobre el objeto de la filosofía jurídica", *cit.*, pp. 212 y 213.

⁸⁵ Véase Atienza, M., *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1991.

IV. Finalmente, el ámbito de la *Teoría de la Justicia* aparece contemporáneamente como una temática ciertamente *consolidada* en el campo cognoscitivo de la Filosofía del derecho de los juristas, sin embargo es posible distinguir dos grandes posicionamientos (y algunas sub-visiones) en la doctrina acerca de esta cuestión:

1) Las posiciones que han negado la posibilidad de llevar a cabo un discurso racional sobre valores y no admiten que sea posible una teoría de la justicia, porque entienden que no hay ningún tipo de conexión entre el derecho y la moral. Aquí podemos ubicar representativamente al positivismo estricto de Hans Kelsen,⁸⁶ y también al realismo jurídico, para quien, en la concepción de Alf Ross: “aplicadas para caracterizar un regla general o un orden, las palabras «justo» e «injusto» carecen de significado”, e “Invocar la justicia es como dar un golpe en la mesa: una expresión emocional que hace de la propia exigencia un postulado absoluto”, de modo que “Es imposible tener una discusión racional con alguien que apela a la «justicia»”.⁸⁷ Claro está, las posiciones que niegan la posibilidad de llevar a cabo cualquier tipo de discurso racional sobre valores son vulnerables a derivar hacia el positivismo ideológico y el “modelo de jurista acrítico” que proporciona la dogmática.

2) Las posiciones que afirman la posibilidad de llevar a cabo un discurso racional sobre valores y admiten que epistemológicamente se puede articular un razonamiento sobre valores, o sea, un discurso racional sobre la justicia, porque entienden que existe una conexión entre el derecho y la moral. Planteamientos en los que a su vez habría que diferenciar tres sub-posiciones contemporáneas:

⁸⁶ Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de E. García Máynez, México, UNAM, 1988, p. 15; asimismo, Kelsen, H.: *¿Qué es justicia?*, trad. de A. Calsamiglia, Barcelona, Ariel, 2003, p. 35: “ninguna otra cuestión se ha debatido tan apasionadamente, ninguna otra cuestión ha hecho derramar tanta sangre y tantas lágrimas, ninguna otra cuestión ha sido objeto de tanta reflexión para los pensadores más ilustres”.

⁸⁷ Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, cit., p. 267.

2.a) Las posiciones que estiman que esa conexión entre derecho y moral existe pero es “aleatoria”. Estas posiciones sería las propias del positivismo jurídico como el “soft positivism” de H. L. A. Hart o el positivismo “inclusivo” o *incorporacionista* de Jules Coleman.

2.b) Las posiciones que conciben que esa conexión entre derecho y moral es “necesaria” y (tiene naturaleza) “procedimental”. Por ejemplo, esta es la perspectiva que mantiene un positivismo jurídico “corregido” como el de Gregorio Peces-Barba, y su idea de justicia procedimental en el derecho en el ámbito de la modernidad a partir de los valores fundadores de los derechos.⁸⁸ Según el catedrático de la Universidad Carlos III, asumir la positividad del derecho debe significar inmediatamente asumir la “crítica” a la positividad si no queremos acomodarnos a una relación derecho/poder que sea expresión del más fuerte.⁸⁹ La fidelidad al positivismo no le impide a G. Peces-Barba poder afirmar que los valores superiores del ordenamiento jurídico son “la cabeza de la constitución material”, y que éstos se corresponden con una “teoría material de la justicia sin necesidad de sostener posiciones iusnaturalistas”.⁹⁰ Como la teoría de la justicia debe de establecer cuáles son los valores que la integran y qué relaciones existen entre ellos, desde la perspectiva del positivismo corregido los derechos humanos constituyen el contenido material de la justicia que es propia de nuestro tiempo.⁹¹ Son, en este sentido, el criterio último de enjuiciamiento de la legitimidad de un sistema jurídico, y concretan los valores de libertad, igualdad, seguridad y solidaridad sustentados en el principio de la digni-

⁸⁸ Peces-Barba, G., “Desacuerdos y acuerdos con una obra importante”, *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de filosofía jurídica y política)*, Madrid, Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 1999, pp. 125-130.

⁸⁹ Peces-Barba, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., p. 192.

⁹⁰ Peces-Barba, G., *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 89 y 101.

⁹¹ Peces-Barba, G., *Introducción a la filosofía del derecho*, cit., p. 329.

dad humana.⁹² La libertad, la igualdad, la seguridad y la solidaridad como valores ético-jurídicos superiores es la propuesta de teoría de la justicia que adopta el positivismo corregido de G. Peces-Barba.⁹³

Aunque, quizás, esta ubicación no sea extraña al postulado de la “moral interna” del derecho de L.L. Fuller, que se corresponde con una idea de justicia procedimental en el derecho asimilable a los requisitos del Estado de derecho, y que dicho autor califica (lo que colisionaría con la posición del positivismo corregido) como “derecho natural procedimental”.

2.c) Las posiciones que consideran que esa conexión entre derecho y moral es “necesaria” y (tiene naturaleza) “sustancial”. Este punto de vista es equiparable al que mantiene el “iusnaturalismo”. Es una visión que reduce la Filosofía del derecho a (una *determinada y fija*) teoría de la justicia. También aquí, pongamos por caso, podríamos situar las “excepciones” al positivismo que ampara Gustav Radbruch ante supuestos extremadamente injustos del derecho positivo según define la denominada “fórmula Radbruch”,⁹⁴ o el punto de vista de R. Dworkin, o el postpositivismo de R. Alexy y su argumento sobre la injusticia del Derecho partiendo de la anterior fórmula Radbruch.

⁹² Peces-Barba, G., *Ética, poder y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1995, pp. 63 y ss.

⁹³ Peces-Barba, G., *Lecciones de derechos fundamentales*, con la colaboración de R. de Asís Roig y M.C. Barranco, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 29-47.

⁹⁴ Véase Radbruch, G., *Filosofía del derecho*, Granada, Comares, 2007.

LA RELEVANCIA DEL DERECHO QUE REMITE
A LA MORAL*

Juan B. ETCHEVERRY

Resumen:

Puede pensarse que si la obligatoriedad del Derecho depende de su corrección moral, la existencia del Derecho se vuelve innecesaria, ya que bastaría con la moral para ordenar la vida social. Con este trabajo se busca delinear una propuesta capaz de explicar por qué la existencia del Derecho puede continuar siendo relevante por más que su obligatoriedad dependa en alguna medida de su corrección moral. Para esto último se trabajará sobre la idea de la relevancia de la determinación legal y judicial de las respuestas jurídicas.

Palabras clave:

Derechos humanos, argumento de la irrelevancia, obligatoriedad, derecho y moral, autoridad, diferencia práctica, legitimidad de origen, determinación jurídica.

* Este trabajo se enmarca en un proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia, Técnica e Innovación Productiva y la Universidad Austral. Versiones previas de este trabajo han sido presentadas en la jornada "La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y del Derecho" realizado en junio del 2009 en la Universidad Austral y en el seminario de departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de la Coruña llevado a cabo en febrero del 2010. Agradezco los comentarios y las observaciones realizados en dichas oportunidades por los profesores Pedro Serna, Carlos Massini, Juan Cianciardo, Pilar Zambrano, Pedro Rivas, Joaquín Migliore, José Antonio Seoane, Luis Cruz, Oscar Vergara y Carolina Pereira.

JUAN B. ETCHEVERRY

Abstract:

It might be thought that if law's bindingness depends on its moral merit the existence of law turns out to be unnecessary, for morality would be sufficient to organize social life. This article purports to outline an explanation of why the existence of law is still relevant notwithstanding the fact that law's bindingness depends, to some extent, on its moral merit. In arguing this, the author will be focusing on the idea of how relevant are judicial and legal determinacy when solving cases.

Keywords:

Human Rights, Irrelevance Argument, Bindingness, Law and Morality, Authority, Practical Difference, Original Legitimacy, Legal Determinacy.

LA RELEVANCIA DEL DERECHO QUE REMITE A LA MORAL

“Luego la ley natural basta para ordenar todas las acciones humanas y, por tanto, no es necesaria una ley humana”.¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La paradoja de la irrelevancia del Derecho*. III. *Las paradojas de una explicación de la capacidad justificativa del Derecho autónoma de la moral*. IV. *La relevancia de la determinación legal-judicial: una respuesta a la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho*. V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Como puede advertirse en la cita con la que comienza este trabajo (al menos), ya desde el Medioevo hay quienes han argumentado que de existir un orden moral capaz de regular toda la vida social, la existencia del Derecho se volvería irrelevante o innecesaria. Los vestigios de este argumento, que perviven hasta la actualidad, ya no ponen en tela de juicio la necesidad de la existencia del Derecho. En cambio, suelen presentarse como un modo de cuestionar cualquier tipo de vinculación o relación necesaria entre el Derecho y la moral. A partir de este argumento en la actualidad se impugna la idea de que el Derecho precisa de la moral para justificar sus decisiones. Más en concreto, se sostiene que si la obligatoriedad del Derecho en última instancia depende de su conformidad con la moral el contenido del Derecho sería redundante al de la moral.²

¹ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II q. 91, a. 3 (se emplea edición a cargo de P. R. Suarez, Madrid, BAC, 1947). Hay que aclarar que el pasaje citado refleja el modo en que Tomás de Aquino sintetiza una objeción contra su propia visión sobre el lugar que le otorga a la ley natural en la ordenación de la vida social. La respuesta de Tomás de Aquino a esta objeción puede verse principalmente en *Ibidem*, q. 91, a. 3 y q. 95, a. 1 y a. 2.

² Cfr. Nino, C. S., “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, en Vigo, R. (coord.), *En torno a la democracia*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, p. 98.

Su aportación en este sentido meramente supone poner de manifiesto el dilema que han de enfrentar quienes defienden que el ordenamiento jurídico se justifica por su conformidad con la moral: o bien las normas jurídicas que lo componen son redundantes de la moral y, en última instancia, superfluas, o bien resultan injustificadas.³

El dilema planteado recobra vigencia y su estudio y puesta a prueba se vuelven especialmente interesantes debido a que, en la actualidad, muchas Constituciones parecen aceptar criterios morales de validez jurídica. De hecho, hay quienes temen que esta explícita vinculación entre el Derecho y la moral termine minando el poder o la capacidad de gobierno de las leyes (delegando tal función en última instancia en los jueces).

Como se verá a continuación, existen muchas formas de enunciar este argumento. Sin embargo, lo que tienen en común estas diferentes formulaciones es que buscan criticar las teorías que vinculan la validez, obligatoriedad y capacidad justificativa del Derecho con la moral.

Con este trabajo se busca explorar la posibilidad de superar el dilema planteado por este argumento. Con esta finalidad, en primer lugar se expondrán los diferentes modos en que ha sido enunciado a lo largo de la historia. Junto con esta exposición se advertirán algunas dificultades de defender la corrección de este argumento a fin de explicar la obligatoriedad y capacidad justificativa del Derecho de una forma completamente autónoma de la moral. La exposición de dichas dificultades ayudará a poner de manifiesto las limitaciones de algunos puntos de vista o perspectivas desde los que se estudian estos temas.⁴

A fin de superar el dilema presentado se ofrecerá una explicación del papel del Derecho y la moral en la regula-

³ Cfr. Raz, J., *Practical Reason and Norms*, Londres, Hutchinson, 1978, trad. de J. Ruiz Manero, *Razón Práctica y Normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 242.

⁴ Sobre las dificultades de algunos modos de aproximarse al estudio del Derecho cfr. Etcheverry, J. B., "Cuestiones metodológicas que la *analytical jurisprudence* actual todavía no ha resuelto", *Ideas y Derecho* 8, 2008, pp. 167-187.

ción de la vida social que reconoce la relevancia de las determinaciones legales y judiciales concretas. La importancia de dichas determinaciones radicaría en su capacidad para prevenir y resolver conflictos jurídicos y coordinar la conducta de sus destinatarios de forma racional.

En último término, se aspira a que esta explicación ayude a responder las preguntas centrales que subyacen a los temas que se abordarán en este trabajo: ¿la obligatoriedad del Derecho en última instancia depende de algún tipo de conformidad con la moral? De ser así, ¿es necesaria la existencia del Derecho? y ¿por qué regirnos por el Derecho y no, más bien, sólo por la moral?

II. LA PARADOJA DE LA IRRELEVANCIA MORAL DEL DERECHO

Como se ha anticipado, el dilema planteado puede ser presentado de diversas formas. El destacado profesor argentino Carlos Santiago Nino ha advertido al menos tres de estas formas: “la paradoja de la irrelevancia moral del gobierno, del Derecho (en general) y (más en concreto) de la Constitución”.

A continuación se expondrán éstas y otras formas en las que se ha enunciado la denominada paradoja de la irrelevancia moral del Derecho.

1. *Irrelevancia moral del Derecho o limitación en su función de guía*

Un modo de presentar la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho pone en tela de juicio la capacidad de las normas jurídicas para guiar las conductas si la validez, y en última instancia, la obligatoriedad de dichas normas depende de su corrección moral.

Esta versión de la paradoja, en último término, se basa en la idea de que las personas, o bien siguen a las normas jurídicas, o bien actúan moralmente, pero no pueden ser guiadas a la vez por la moral y por el Derecho. Esto se de-

bería a que si las personas hacen lo que dice una norma jurídica pero sólo después de pensar moralmente, estas personas no serían realmente guiadas por dicha norma jurídica sino únicamente por la moral. En cambio, si hacen lo que dice la norma jurídica sin hacer un balance de razones —entre las que se incluirían las morales—, entonces no actuarían moralmente.⁵

Esto conduce a que algunos autores defiendan que el único modo de escapar a este dilema y explicar cómo las reglas guían las conductas es por medio de un modelo de toma de decisiones que llaman “limitado”. Para Shapiro, dicho modelo sugiere que los seres humanos pueden interiorizar las reglas de forma tal que les permite hacer cosas que los escrúpulos morales no les permitirían. Desde que existen razones morales poderosas para interiorizar las reglas, y que las personas que interiorizan reglas no sean responsables de su cumplimiento sin restricciones, se podría obrar conforme a las reglas y moralmente. Por otra parte, este modelo de toma de decisiones sería el que mejor explica el aspecto de las reglas que tiene que ver con su capacidad para cerrar posibilidades futuras que resulten inconsistentes con ellas.⁶

Toda esta elaboración acerca del papel de las reglas en el razonamiento práctico permite que algunos autores sostengan que las normas que remiten a criterios valorativos de validez jurídica generan que las normas supuestamente aceptadas como válidas por dichos criterios se vuelvan superfluas o incapaces de guiar las conductas.⁷

Las normas válidas en virtud de su contenido moral serían incapaces de cumplir con la función de guía que tiene

⁵ Cfr. Shapiro, S., “Judicial Can’t”, en Villanueva, E. (ed.), *Legal and Political Philosophy*, Amsterdam-Nueva York, Rodopi, 2002, pp. 182 y 193.

⁶ Cfr. Shapiro, S. J., “The Difference That Rules Make”, en Bix, B., (ed.), *Analyzing Law: New Essays in Legal Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 47.

⁷ En concreto, Shapiro afirma que “una vez que un agente está motivado a obrar siguiendo la parte incluyente de una regla de reconocimiento y entiende cómo aplicarla, las reglas primarias que están pretendidamente validadas por esa parte de la regla [de reconocimiento] no pueden generar una diferencia práctica”, *Ibidem*, p. 58.

el Derecho, por un lado, porque exigen a quienes han de obedecerlas deliberar sobre los méritos de seguirla. Esto supondría que, en realidad, en estos casos las obligaciones no son aprendidas de las normas jurídicas sino directamente de la moral. Dicho de otro modo, se cree que este tipo de normas le dice a los individuos que deben actuar según las reglas que los obligan, lo que sería como no decirles nada.⁸ Casualmente, se cree que quien tiene la función de dictar normas debería eliminar los problemas asociados con las necesidades de las personas de distinguir por sí mismas entre las normas legítimas y las ilegítimas. Por esto, las normas que sólo pueden ser identificadas acudiendo a las mismas preguntas que dichas normas supuestamente resuelven, no tendrían utilidad alguna y serían incapaz de cumplir con sus funciones epistémicas.⁹

Por otra parte, las reglas cuya validez depende de criterios valorativos no sólo no permitirían que se aprendan de ellas las obligaciones jurídicas, sino que tampoco lograrían motivar realmente la acción. En otras palabras, dichas reglas no lograrían por sí mismas que se crea en la legitimidad de sus estándares de conducta.¹⁰ La creencia en la legitimidad de sus estándares de conducta en realidad derivaría de los criterios valorativos de los que depende su validez jurídica.¹¹

⁸ Cfr. Sespera, S. J., "On Hart's Way Out", en Coleman, J., (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 177.

⁹ *Ibidem*, pp. 184 y 185.

¹⁰ *Ibidem*, p. 173.

¹¹ *Idem*. Para Shapiro la tesis de Hart sobre la función de guía del Derecho está compuesta por dos afirmaciones: "la función primordial del Derecho es guiar epistémicamente la conducta de los ciudadanos ordinarios por medio de las reglas primarias y guiar por motivación la conducta de los funcionarios jurídicos por medio de las reglas secundarias". *Ibidem*, p. 175. De todo lo expuesto Shapiro concluye que la adopción por parte de Hart de un positivismo *soft* o incluyente a fin de superar las críticas que su versión del positivismo jurídico sufrió por parte de Dworkin, resulta incoherente con su concepción del Derecho según la cual toda regla tiene la función de guiar conductas, pues para esto debe poder hacer una diferencia práctica. Cfr. *ibidem*, p. 189.

2. Irrelevancia moral del Derecho o pérdida de autoridad

Un segundo ejemplo de cómo puede enunciarse la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho cuestiona el sentido en que se afirma que un individuo, órgano o gobierno, tiene autoridad si la obligatoriedad de sus decisiones en última instancia depende de que sean moralmente correctas. Lo que se cuestiona es la capacidad de una autoridad para aportar razones para la acción capaces de hacer una diferencia en el razonamiento práctico de quienes están a su cargo si en última instancia la obediencia a sus decisiones depende de que estas últimas sean moralmente correctas.

Uno de los autores que ha realizado grandes esfuerzos por explicar el papel de la autoridad evitando caer en la paradoja en cuestión es Joseph Raz. La autoridad, para Raz, depende de que por lo menos algunas de las órdenes o instrucciones autoritativas de una persona sean consideradas por otras personas como razones para realizar un acto, junto con una razón excluyente para no abstenerse de actuar si tales razones entran en conflicto con otras razones. Así, tener autoridad implicaría tener un poder para ordenar y dar instrucciones, pudiendo crear de ese modo una nueva razón operativa, que estaría configurada con una razón excluyente.¹²

A modo de resumen de su explicación de la autoridad, Raz propone tres tesis: la “tesis de la dependencia”, la “tesis de la justificación normal” y la “tesis del reemplazo” (*pre-emption thesis*). La “tesis de la dependencia” afirma que las directivas autoritativas deben basarse, entre otros factores, en razones que se apliquen a los destinatarios de esas directivas y que afecten a las circunstancias que la directiva cubre. Estas razones son denominadas por Raz “razones

¹² Cfr. Raz, J., *Practical Reason and Norms*, Londres, Hutchinson, 1975, trad. de J. Ruiz Manero, *Razón práctica y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 44-47 y 70-71. Hemos tratado esta cuestión en Etcheverry, J. B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, UNAM, 2006, pp. 32 y ss.

dependientes”.¹³ Esta tesis no significa que la autoridad deba mandar de acuerdo a los intereses de los súbditos, ni que las directivas deban reflejar estas razones para ser obligatorias. La “tesis de la dependencia” se comprende mejor junto con las restantes tesis que presenta Raz. Para la “tesis de la justificación normal” el destinatario probablemente cumplirá mejor con las razones que se le aplican si acepta las órdenes de la autoridad como obligatorias y autoritativas, e intenta cumplirlas, que si trata de seguir las razones que se le aplican en forma directa.¹⁴ Esto podría ser así, por ejemplo, por la especial competencia de la autoridad o porque sólo siguiendo las instrucciones de una autoridad podría asegurarse una coordinación de quienes están a su cargo. Por último, según la “tesis del reemplazo”, “el hecho de que una autoridad exija el cumplimiento de una acción constituye una razón para su cumplimiento que no debe agregarse a todas las demás razones relevantes al momento de evaluar qué hacer, sino que debe reemplazar a algunas de ellas”.¹⁵

De estas tres tesis, Raz deriva la concepción de la autoridad como servicio. Según esta concepción, la autoridad está para servir al sujeto, aunque no siempre coincida con su interés. Por eso, las reglas y directivas con autoridad son razones para la acción con independencia de su contenido.¹⁶

A fin de ilustrar estas afirmaciones, Raz ofrece un ejemplo en el que dos personas presentan su controversia ante un árbitro. Éste tiene autoridad para resolver la disputa, porque ambos han decidido respetar su decisión.¹⁷ De este

¹³ Raz, J., *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, trad. de M. L. Melón, *La ética en el ámbito público*, Barcelona, Gedisa, 2001, p. 231. Si bien se cita la traducción al castellano de esta obra, siempre se trabaja con el texto original a la vista.

¹⁴ *Ibidem*, p. 231.

¹⁵ *Idem*, p. 231.

¹⁶ Cfr. Raz, J., *The Morality of Freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1988 (reimp. 2001), pp. 56-59.

¹⁷ Cfr. Raz, J., *La ética en el ámbito público*, cit., p. 229.

hecho, Raz destaca dos características. En primer lugar, el laudo arbitral constituye una razón dependiente para la acción de los litigantes, aunque no es simplemente una razón que se agrega a otras, por medio de las cuales los litigantes resolverán lo que consideran razonable.¹⁸ En segundo lugar, la decisión arbitral debe reemplazar las razones de las cuales depende debido a que las partes deciden seguir el juicio del árbitro sobre sus balances de razones al comprometerse a obedecer su decisión. En síntesis, se considera que el laudo se comporta como una razón reemplazante (*pre-emptive reason*) al desplazar a las demás razones para obrar.¹⁹

A partir de este ejemplo, Raz observa que los rasgos de dependencia y reemplazo se encuentran íntimamente vinculados. Debido a que el árbitro debe decidir con base en unas razones, los litigantes no deben basarse en ellas posteriormente. Dado que las partes le entregan al árbitro la tarea de evaluar esas razones, si las partes no rechazan esas razones como posibles bases de su obrar contradirían el objeto mismo del arbitraje. Por esto, a juicio del profesor de Oxford, “la única manera correcta de reconocer la autoridad del árbitro es tomarla como una razón para la acción que reemplaza las razones sobre las cuales éste debió basarse para su decisión”.²⁰

En síntesis, visiones como la de Raz sostienen que alguien tiene autoridad sólo cuando sus instrucciones u órdenes son consideradas por otros como razones para realizar un acto y para excluir el balance de razones que, de no tener tales instrucciones u órdenes, realizarían. Así, las razones que aporta la autoridad con sus instrucciones y órde-

¹⁸ *Ibidem*, p. 230.

¹⁹ Aclara Raz que si bien el laudo es una razón reemplazante, esto no significa que sea una razón absoluta. Es decir, que deba ser obedecida pase lo que pase. Para Raz es posible apelar esta decisión y hasta desobedecerla en determinadas circunstancias. Por ejemplo, si el árbitro estuviera alcoholizado al decidir el caso, o si hubiese sido sobornado. Así, lo que quiere decirse con razón reemplazante es que las razones en las que podrían haberse basado las partes para justificar su acción antes del laudo no pueden alegarse después de que éste haya sido emitido. *Ibidem*, p. 230.

²⁰ *Idem*.

nes reemplazarían las razones de quienes están bajo dicha autoridad. Dicho de otra manera, la obligatoriedad de una decisión de la autoridad no puede depender de su corrección moral, porque entonces no lograría ni excluir el balance de razones de sus receptores ni reemplazar las razones que surjan de dicho balance y, por lo tanto, perdería su carácter “autoritativo”.

3. Irrelevancia moral de la Constitución o superfluidad de su capacidad para asignar validez a otras normas

Un ejemplo interesante de cómo ha sido presentada la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho está vinculado con el debate desatado en el Derecho Constitucional acerca del papel o rol que tienen los valores o principios que son incorporados en los sistemas constitucionales actuales y que buscan reconocer derechos que suelen presentarse como indiscutibles e irrenunciables. En este sentido, una de las preguntas que ha de responder el Derecho Constitucional es la siguiente: ¿por qué hemos de aceptar el contenido de las Constituciones como válido u obligatorio y capaz de asignar validez a otras reglas? Esta pregunta sobre la legitimidad del contenido de las Constituciones actuales últimamente ha sido reformulada del siguiente modo: ¿por qué hemos de aceptar que las Constituciones (algunas de ellas surgidas hace mucho tiempo y sin la participación de importantes segmentos de la población) establezcan “cotos vedados” a la discusión pública y democrática?²¹

Dado que las Constituciones no pueden adscribirse validez a sí mismas, éstas han de recurrir a elementos externos a ellas para justificar su carácter obligatorio y el de las normas jurídicas a las que les asignan validez. La dificultad de fundar la legitimidad de las Constituciones meramente en la virtud intelectual de sus redactores, vuelve razonable intentar responder el intríngulis apelando al “acierto” o la

²¹ Gargarella, R., “La Constitución de la democracia deliberativa según Carlos Nino”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 3, 1998, p. 195.

“bondad” del contenido de sus textos. Aquí es donde surgirían nuevamente las dificultades advertidas por la paradoja de la irrelevancia moral de Derecho. En este caso se pone en duda la importancia de los órdenes constitucionales para asignar validez al resto del ordenamiento jurídico, si dichos órdenes a su vez necesitan ser justificados por su contenido moralmente “correcto”.

Dicho de otro modo, si la legitimidad de una Constitución, que le permite asignar validez a otras reglas y decisiones jurídicas, se basa en la corrección moral de sus contenidos (que reconocen algunos derechos fundamentales que pueden ser inferidos directamente de la moral), entonces las Constituciones no son en última instancia las que justifican la obligatoriedad de las reglas infra-constitucionales y de las decisiones jurídicas. En este sentido, podría decirse que los contenidos de las Constituciones que permiten justificar la validez de las reglas infra-constitucionales y de las decisiones jurídicas resultan redundantes (y, por lo tanto, superfluos) con respecto a los contenidos de la moral considerados valiosos antes de su incorporación en los textos constitucionales.²²

4. Irrelevancia moral de la Constitución o superfluidad de las normas infra-constitucionales

Otro modo de presentar la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho vinculado con la disputa sobre el lugar que ocupan los principios a los que hacen referencia los sistemas constitucionales actuales pone en duda la relevancia de las normas infra-constitucionales.

Al respecto, una manera de entender el efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*), que generan los principios constitucionales sobre el resto del ordenamiento jurídico supone que su presencia no sólo se vuelve inevitable en

²² Cfr. Nino, C. S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996, trad. de R. P. Saba, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 42-46.

todo acto de creación y de adjudicación del Derecho, sino que en realidad toda respuesta o solución jurídica deba buscarse y encontrarse en la Constitución y no en las normas infra-constitucionales que a lo sumo serán redundantes y, por lo tanto, irrelevantes.

De algún modo, entender de esta manera el papel que tienen los principios constitucionales pasa del dogmatismo que presume la racionalidad del legislador a un dogmatismo que defiende que todo lo que es estipulado por el constituyente es justo, coherente, completo, inmejorable o no necesitado de ser determinado.

Como crítica a la constitucionalización material que se advierte en la mayoría de los sistemas y prácticas constitucionales (al menos, de occidente) ha surgido un argumento vinculado con lo que acaba de exponerse. En concreto, dicho argumento presenta como riesgoso que las Constituciones incorporen derechos fundamentales expresados como principios, que gocen de la máxima jerarquía jurídica, que resulten directamente aplicables, que tienden a su optimización y que por su amplitud o generalidad pudiesen ser capaces de contener todo el ordenamiento jurídico. A esta posibilidad se le critica porque la necesidad de concretización creativa que tienen dichos principios y su potencial conflictividad terminaría desplazando al legislador de su competencia originaria de creación del Derecho y otorgándosela a los tribunales con jurisdicción constitucional.²³

En palabras de Böckenförde,

²³ Cfr. Böckenförde, E. W., "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental", *Escritos sobre Derechos fundamentales*, trad. De J. L. Requejo Pagés y I. Villaverde Menéndez, Nomos, Baden-Baden, 1993, pp. 125 y ss., y Alexy, R., *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. De C. Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 50 y ss., y *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, pp. 160 y ss. Hemos advertido algunos riesgos de un sistema jurídico sobre-constitucionalizado en Etcheverry, J. B., "Building a Democracy respectful of Human Rights. The Constitutional Design that Emerges from the Philosophical Roots of the Constitution of Timor-Leste", en Binchy, W. (ed.), *Timor-Leste Constitution*, Dublin, Clarus, 2010, pp. y 18 ss. (en prensa).

...si la Constitución se limita a establecer un marco, al Tribunal que tiene que garantizar la Constitución le está vedada por principio la intervención en el proceso de llenado de dicho marco, especialmente la determinación de las posiciones jurídicas singulares. Si la Constitución es orden jurídico fundamental de la comunidad, si tiene una función dirigente universal, entonces es también función del Tribunal Constitucional la determinación de las posiciones jurídicas singulares, en la medida en que se trate de contenidos jurídicos sustanciales; dado que los pre-establecidos constitucionales son indeterminados, el Tribunal Constitucional se convierte, en su labor de concretización de su alcance, de modo específico, en el señor de la Constitución.²⁴

5. *Irrelevancia moral del Derecho o depreciación del factor "legitimidad de origen"*

Por último, otro ejemplo de cómo puede presentarse el argumento de la "irrelevancia moral del Derecho" está vinculado con el debate sobre la diferente capacidad justificadora que tienen las decisiones tomadas por los gobiernos legítimos con respecto a las decisiones tomadas por gobiernos que detentan el poder de forma ilegítima. La pregunta en torno a esta cuestión sería: ¿hace alguna diferencia respecto de las normas jurídicas el hecho de que ellas surjan de un gobierno legítimo?²⁵ Si el orden jurídico y la autoridad de quienes emiten directivas generales se justifican por su capacidad de promover el respeto de los derechos humanos, la corrección moral de sus decisiones, etcétera; en la medida que las normas jurídicas y las decisiones autoritativas logren estos objetivos poco importa la forma del gobierno que las dicte. Así, si alguien usurpase el poder pero lo usase para dictar normas que cumplen con las exigencias de la

²⁴ Böckenförde, E. W., "Sobre la situación de la dogmática de los derechos fundamentales tras 40 años de Ley Fundamental", *cit.*, p. 137.

²⁵ *Cfr.* Nino, C. S., "La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia", *cit.*, p. 98.

LA RELEVANCIA DEL DERECHO QUE REMITE A LA MORAL

moral, podría pensarse que nada se le podría objetar. Más aún, si las normas sancionadas por el usurpador son necesarias para que se satisfagan las exigencias de la moral, podría concluirse que aquellas normas están justificadas.²⁶

III. LAS PARADOJAS DE UNA EXPLICACIÓN DE LA CAPACIDAD JUSTIFICATIVA DEL DERECHO AUTÓNOMA DE LA MORAL

La paradoja de la irrelevancia moral del Derecho resulta fácilmente superable si se niega, al menos como hipótesis general, que la justificación del Derecho dependa de su corrección moral. De hecho, muchas veces esta paradoja es presentada como argumento para rechazar toda explicación que no conciba a la capacidad justificativa del Derecho como completamente autónoma de la moral.

Para defender una posición como ésta, muchas veces se advierte que es un hecho difícilmente refutable que en muchas ocasiones algunas personas son indiferentes frente a los reclamos de la moral. Más aún, hay quienes consideran que esto último es así en última instancia no por rechazo o desidia de los individuos para obrar conforme a la moral, sino porque no saben o conocen los principios morales necesarios para juzgar el comportamiento propio y ajeno. Justamente, por lo anterior puede pensarse que las autoridades y las normas jurídicas serían quienes deben fijar dichos criterios de comportamiento.

A continuación se pondrán de manifiesto al menos tres paradojas nuevas que deben enfrentar quienes pretenden resolver la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho explicando la capacidad justificativa del Derecho como completamente autónoma a la moral.

²⁶ Cfr. Nino, C. S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 369 y 370.

1. *La paradoja de la indiferencia o la ignorancia de la moral*

La primera dificultad que han de enfrentar quienes defienden una explicación de la capacidad justificativa del Derecho completamente independiente de criterios morales es que este tipo de explicación paradójicamente resulta insuficiente para superar o resolver en última instancia el problema planteado por la paradoja de la irrelevancia. Como advierte Nino, todo intento de explicar la capacidad justificativa del Derecho de forma completamente autónoma de la moral fracasa porque el Derecho no puede justificar su obligatoriedad por sí mismo.²⁷

En este sentido, meramente describir que las normas jurídicas expresan que ciertas conductas son obligatorias no alcanza para explicar por qué es obligatorio o justificado obrar lo que ellas expresan. Como ejemplifica Alexy, “partiendo sólo de: Pedro me ha dicho: «Estás obligado a darme 100DM», no se infiere: Estoy obligado a darle 100DM”.²⁸

Por otro parte, como explica —entre otros— Kelsen, sugerir que las normas jurídicas son obligatorias porque son eficaces tiene la dificultad para explicar cómo se pasa de un hecho (que las normas jurídicas son de hecho obedecidas) a su justificación normativa (que existen razones para obedecer dichas normas).²⁹ Como es sabido, para este autor “que una norma [...] *valga* significa que obliga”.³⁰ Por todo esto, sostiene que “el fundamento de validez de una norma [de su obligatoriedad *para el sistema jurídico*] sólo puede encontrarse en la validez de otra norma”.³¹ De hecho, los sistemas jurídicos actuales suelen tener normas jurídicas (*v. g.*, en sus Constituciones) que establecen criterios de validez aplicables al resto de las normas jurídicas. Sin embargo,

²⁷ Cfr. Nino, C. S., “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, *cit.*, pp. 97 y ss.

²⁸ Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, *cit.*, p. 102.

²⁹ Cfr. Kelsen, H., *Reine Rechtslehre*, 2a. ed., Viena, 1960, trad. de Vernengo, R., *Teoría pura del Derecho*, México, Porrúa, 1998, p. 201.

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

resta todavía explicar la validez de las normas que intervienen en la fundamentación de la validez de las otras normas. Debido a que este proceso no puede continuarse al infinito, Kelsen apela a la idea de la “norma fundante básica” (*Grundnorm*) que permitiría dotar de validez al resto del ordenamiento jurídico. No menores son las dificultades de esta norma fundante para explicar por qué es obligatorio obrar lo que mandan las normas validadas por ella. Si bien, parece “posible”, como sugiere Kelsen, presuponer esta norma fundante e incluso puede ser “necesario” esto si se quiere hablar de validez jurídica;³² no obstante, esto no alcanzaría para explicar la obligatoriedad de la norma fundante (que para Kelsen no puede ser fundamentada) y la del resto del ordenamiento jurídico cuya validez depende de ella.³³

Una de las alternativas más importantes a la explicación de la validez del Derecho ofrecida por la norma fundante de Kelsen, ha sido propuesta por la “regla de reconocimiento” (*rule of recognition*) de Hart. Como es sabido, la regla de reconocimiento es la regla secundaria (regla sobre reglas) que suministra los criterios para la identificación del Derecho válido y su existencia se puede advertir en la manera en que el resto de las reglas son identificadas como válidas por los tribunales. La principal diferencia con la norma fundante es que la explicación que ofrece la regla de reconocimiento expresamente pone énfasis en el carácter esencialmente fáctico de los enunciados de validez hechos por los operadores jurídicos que la conforman sin, por ello, identificar validez con eficacia. Así, la regla de reconocimiento no es considerada válida o inválida, sino que su existencia y contenido sería una cuestión de hecho.³⁴

El interesante paso dado por Hart al vincular los criterios de validez de las reglas con el modo en que de hecho son

³² *Ibidem*, pp. 204 y ss.

³³ Cfr. Ross, A., *On Law and Justice*, London, Stevens, 1958, pp. 17 y ss.

³⁴ Cfr. Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, trad. de G. Carrió, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963, pp. 136 y 137.

identificadas como parte del sistema jurídico, responde a la perspectiva interna (es decir, el punto de vista de quienes usan las reglas como criterios para valorar su conducta y la de los demás) que adopta para describir el Derecho. Sin embargo, esta propuesta descriptiva resulta limitada porque tampoco logra explicar por qué (desde la perspectiva del que ha de obedecer o aplicar las reglas jurídicas) obliga la regla de reconocimiento (o el resto de las normas), ya que de la existencia de una práctica que acepta unos criterios como aquellos que permiten identificar el Derecho válido no se infiere la obligatoriedad de comportarse de acuerdo con esta práctica.³⁵

Todo esto pone de manifiesto que pareciera que en última instancia el único modo en que el Derecho puede justificar su obligatoriedad es apelando a algunos principios morales últimos (supra-legales), válidos por su mérito y no justificables a su vez por otros principios.³⁶ Esto supone, como advierte Alexy, que el discurso jurídico termina siendo un caso especial del discurso moral.³⁷

Por esto, como sugiere Nino, cuando un juez invoca una norma para justificar su decisión, no se refiere a esa norma como práctica social observable como un hecho desde el punto de vista externo, sino que se refiere a ésta desde el punto de vista interno como si fuese una proposición normativa o moral.³⁸

A modo de conclusión, debido a que: (i) el planteo de la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho tiene interés para quienes se preocupan por explicar la capacidad justificativa del Derecho; y (ii) como se ha visto, sólo es posible explicar esto apelando a unos principios morales últimos, no justificables por otros principios; (iii) si se considera que tales principios no existen, no son susceptibles de ser cono-

³⁵ Cfr. Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, cit., p. 122.

³⁶ Cfr. Bayón, J. C., *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 729 y ss.

³⁷ Cfr. Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza y I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 206 y ss.

³⁸ Nino, C. S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, cit., p. 44.

cidos, son relativos, no son tenidos en cuenta y, por lo tanto, se intenta justificar al Derecho de modo autónomo a la moral; entonces (iv) pierde todo sentido preguntarnos por la justificación del Derecho y adentrarnos en el punto de vista desde el que se está planteando el problema de la paradoja: el del hombre moral que guía su conducta (y critica la ajena) por principios morales.³⁹ Por todo esto, quienes apoyándose en la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho sostienen que la justificación del Derecho no depende o ha de depender de la moral paradójicamente se ven obligados a abandonar, en último término, toda posibilidad de explicación de la justificación del Derecho y, por lo tanto, de resolución del dilema planteado por la paradoja en cuestión.

2. La paradoja de la incapacidad radical del Derecho actual para guiar, obligar o resultar autoritativo

La segunda paradoja que han de enfrentar las posiciones que a partir de la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho sostienen que para que el Derecho logre resultar autoritativo o capaz de guiar su validez u obligatoriedad ha de ser independiente del razonamiento moral, es su carácter contra-fáctico. Dichos esfuerzos no advierten que lo que defienden supone afirmar que el Derecho actual (que expresamente incorpora criterios morales de validez jurídica) se ha vuelto incapaz de obligar, guiar y, por tanto, resultar autoritativo.

Hoy en día resulta difícil no advertir las constantes referencias que hace el Derecho a criterios valorativos y el destacado papel que dichos criterios desempeñan en las decisiones judiciales. Esto puede advertirse con claridad en el ordenamiento jurídico ordinario. A modo de ejemplo, cabe recordar la incorporación en el Código Civil argentino del artículo 1198 que establece, entre otras cosas, que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de *buena*

³⁹ Cfr. Nino, C. S., “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia”, *cit.*, p. 107.

fe y que, en determinados tipos de contratos, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara *excesivamente* onerosa, por acontecimientos *extraordinarios e imprevisibles*, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. Otro ejemplo de lo recién mencionado es el artículo 7.2 del Código Civil español que establece que la ley no ampara el *abuso del derecho* o el *ejercicio antisocial* del mismo. Según este artículo,

...todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los *límites normales del ejercicio de un derecho*, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Lo que acaba de mencionarse con respecto al Derecho ordinario, resulta todavía mucho más evidente con relación al Derecho Constitucional. Como ha puesto de manifiesto el llamado “neoconstitucionalismo”, las Constituciones democráticas occidentales se han transformado en proclamadoras jurídicas de los valores fundamentales de la vida de la sociedad, entre los que sobresalen los derechos humanos, inviolables e inalienables.⁴⁰ A modo de ejemplo, se puede mencionar la octava enmienda de la Constitución de Estados Unidos de América que establece que no se infligirán penas “cruelles e inusuales”. Otro ejemplo puede encontrarse en el artículo 1o. de la Constitución alemana que establece que: “La dignidad humana es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. La Constitución de Timor Oriental (promulgada pocos años atrás por uno de los últimos países en ser reconocido como independiente por la comunidad internacional) también recoge este tipo de estándares. Por ejemplo, en su artículo 34 establece la invalidez de la prueba obtenida por medio de “la violación

⁴⁰ Cfr. Cruz, L. M., *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granda, Comares, 2005, *passim*.

de la integridad física o moral de un individuo”.⁴¹ La Constitución española establece en la primera parte de su artículo 17 que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad”. La Constitución argentina no es una excepción en este sentido. Como ejemplo, basta con nombrar su artículo 14 bis que establece que se le asegurarán al trabajador condiciones “dignas y equitativas de labor”.

La consecuencia de lo mencionado con respecto al “neo-constitucionalismo” es que los contenidos materiales de la Constitución la tornan prácticamente omnipresente en todo acto de aplicación y creación de Derecho, lo que exige un tipo de interpretación que necesita recurrir a valoraciones, desplazando así el protagonismo que tenía el Parlamento dentro de los poderes políticos hacia los tribunales con competencia constitucional y generando cambios en el principio de división de poderes característico del Estado de Derecho tradicional.⁴² Todo esto sucede no sólo en los países donde se han promulgado Constituciones recientes, ya que en muchos casos lo que ha cambiado no es tanto el texto constitucional como el modo de concebir el orden que constituyen.⁴³

El hecho de que el Derecho actual normalmente haga depender la obligatoriedad o validez de sus normas de su coherencia con diferentes criterios morales debería suponer que quienes sostienen que la obligatoriedad del Derecho no ha de fundarse en criterios morales porque sino el Derecho sería incapaz de guiar o resultar autoritativo, también deban afirmar que el Derecho actual se ha vuelto incapaz de guiar, hacer una diferencia práctica o de resultar autoritativo.

⁴¹ Sobre la constitución de Timor Oriental *cfr.* Etcheverry, J. B., “Building a Democracy respectful of Human Rights: the Constitutional Design that Emerges from the Philosophical Roots of the Constitution of Timor-Leste”, en Binchy, W. (ed.), *The Constitution of Timor-Leste*, Dublin, Clarus, 2010.

⁴² *Cfr.* Alexy, R., *El concepto y la validez del derecho*, *cit.*, pp. 159 y ss.

⁴³ *Cfr.* Zagrebelsky, G., *Il diritto mite. Logge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1992, trad. de M. Gascón. *El Derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 9 y ss.

En definitiva, resulta llamativo que quienes han dedicado grandes esfuerzos por defender, como una característica del Derecho, su capacidad de obligar, guiar y su pretensión de estar dotado de autoridad, tengan que terminar admitiendo que en realidad estas características no resultan del todo aplicables, al menos y en buena medida, al Derecho actual, porque este último normalmente hace depender su obligatoriedad de criterios morales.

Más aún, quienes defienden que para que el Derecho pueda ser capaz de guiar o resultar autoritativo su obligatoriedad no ha de depender de la moral también han de sostener que paradójicamente el paso a la vigencia histórica de algunos derechos fundamentales que se ha propiciado en el Derecho actual, lo torna irrelevante o superfluo, en vez de especialmente relevante como suele considerarse de forma generalizada.

3. *La paradoja de un Derecho desprovisto de la moral*

La tercera paradoja, que se advertirá a continuación, se encuentra vinculada con las anteriores. Lo que se intenta poner de relieve es que si por supuestas exigencias de *racionalidad* la obligatoriedad del Derecho no depende o no ha de depender de criterios morales, ya que de otro modo perdería su capacidad de guía, de hacer una diferencia práctica o de resultar autoritativo, el riesgo que se corre es que el Derecho (sobre todo el actual) se vuelva paradójicamente *arbitrario*.⁴⁴

En este sentido, si se considera que el Derecho pierde su relevancia, capacidad de guía y fuerza autoritativa por vincularse con la moral, y esto último es lo que actualmente explicitan los ordenamientos jurídicos, debe concluirse que dichos ordenamientos se han vuelto radicalmente indeterminados.

⁴⁴ Ollero, A., *Derecho humanos. Entre la moral y el derecho*, México, UNAM, 2007, p. 259.

LA RELEVANCIA DEL DERECHO QUE REMITE A LA MORAL

Esto sería así, al punto que los ciudadanos y los funcionarios que tienen la responsabilidad de dirimir las diferentes contiendas jurídicas quedarían totalmente desprovistos de toda guía y, por lo tanto, la discrecionalidad con la que han de actuar y decidir parece tan amplia que facilita los excesos, especialmente, por parte de la autoridad.⁴⁵

IV. LA RELEVANCIA DE LA DETERMINACIÓN LEGAL-JUDICIAL: UNA RESPUESTA A LA PARADOJA DE LA IRRELEVANCIA MORAL DEL DERECHO

Hasta aquí se ha intentado poner de manifiesto algunas de las dificultades de separar radicalmente la justificación del Derecho de la moral y de sostener que el Derecho se vuelve irrelevante o incapaz de hacer una diferencia práctica, guiar o ser autoritativo si su obligatoriedad depende de su adecuación a algunos criterios morales (sobre todo teniendo en cuenta que en la actualidad los ordenamientos jurídicos suelen explicitar dicha dependencia).

No obstante, todavía nada se ha dicho sobre cómo superar la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho. Siguiendo a Nino, puede decirse que la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho tiene tres presupuestos: (i) que el individuo desee tomar en cuenta principios morales y actuar conforme a ellos; (ii) que sabe qué disponen esos principios, y (iii) que dichos principios siempre estipulan una única solución para cualquier situación en la que el individuo se encuentra.⁴⁶

⁴⁵ Cfr. Etcheverry, J. B., *Objetividad y determinación del Derecho. Un diálogo con los herederos de Hart*, Granada, Comares, 2009, pp. 100 y ss., 112 y ss., 179.

⁴⁶ Hay que reconocer que Nino advierte dos presupuestos más, que considera se encuentran en un nivel más profundo que los anteriores y que son de índole meta-ética. El primero de ellos sugiere que existe un orden moral independiente de las prácticas sociales involucradas en el Derecho. El segundo supone que se puede acceder cognitivamente a ese orden moral de modo independiente a las prácticas involucradas en la existencia del Derecho. Cfr. Nino, C. S., "La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia", *cit.*, pp. 102 y ss.

En el apartado anterior se ha intentado mostrar que no tiene mucho sentido negar los presupuestos (i) y (ii), recién mencionados, para resolver el problema planteado por la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho, porque su rechazo no supone en realidad solucionar el problema de la justificación del Derecho planteado por la paradoja sino negarlo, declinando a que tenga algún tipo de sentido preguntarnos directamente por la justificación del Derecho.

Además, debido a que el Derecho actual suele remitir a criterios morales de validez jurídica, la negación de (i) y (ii) supone también afirmar que el Derecho se ha vuelto incapaz de guiar o de ser autoritativo por resultar radicalmente indeterminado. Sin embargo, queda por establecer si pueden superarse los problemas que plantea la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho rechazando el presupuesto (iii).⁴⁷

1. *La inevitable posibilidad discursiva y la relevancia del Derecho*

Si la moral ideal a la que recurren los ciudadanos y funcionarios que desean justificar su obrar no siempre ofrece una única respuesta correcta para cada posible caso, la relevancia del Derecho para aportar razones para la acción podría estar fundada en su capacidad de proveer soluciones

⁴⁷ Hay que reconocer que existen otros intentos de superar la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho sin rechazar (iii). Entre ellos, destaca el que ha desarrollado el propio Nino al proponer que el Derecho de origen democrático, al ser el mejor sucedáneo del discurso moral, posee un valor epistemológico como método de conocimiento de la moral, lo que lo vuelve capaz de poseer una “presunción de validez moral” y, por tanto, de crear razones para creer que hay razones para la acción. Cfr. Nino, C. S., “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y epistemológico de la democracia”, *cit.*, pp. 97 y ss. No obstante, en esta oportunidad no abordaremos dicho intento, ni sus dificultades. Al respecto, cfr. Cianciardo, J., “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y del derecho en Nino”, Buenos Aires, 2010, pro-manuscrito. En un trabajo reciente, Iglesias Vila ha criticado el esfuerzo antes comentado de Nino y ha sugerido como superar sus deficiencias. Cfr. “¿Es realmente superfluo el derecho? Justicia política e insularidad del razonamiento jurídico”, en Alegre, M., Gargarella, R. y Rosenkrantz, C. (coords.), *Homenaje a Carlos S. Nino*, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 119-136.

cuando la moral guarda silencio u otorga muchas soluciones razonables posibles para los casos.⁴⁸

En este sentido, cabe recordar lo que afirma Aquino (al responder a la versión de la paradoja citada al comienzo de este trabajo) sobre la imposibilidad real de derivar siempre una única respuesta moralmente correcta o razonable de los principios morales últimos (válidos por su mérito y no justificables a su vez por otros principios), lo que, a su juicio, “hace necesario que la razón humana proceda ulteriormente a sancionar algunas leyes particulares”.⁴⁹

En sintonía con esto último, algunos autores (*v. g.*, Finnis) han ido desarrollando la idea de la “inconmensurabilidad” de cierto tipo de bienes y razones. Con esta idea se quiere poner de manifiesto que en muchas ocasiones la conducta humana pueda orientarse hacia una gran variedad de opciones igual o inconmensurablemente racionales, al menos en principio y muchas veces también en último término. Esto sería así, al menos en parte, porque no necesariamente todos los parámetros que definen como correcta

⁴⁸ Un debate de algún modo vinculado con lo que se está exponiendo es el que se desata en torno a la tesis (atribuida a Dworkin) de que el Derecho siempre ofrece una única respuesta correcta. Algunos antecedentes de esta idea pueden encontrarse en Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth, 1977, trad. de M. Guastavino, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 396 ss. y 455 y ss. En *El imperio de la justicia* varias referencias hacen alusión a esta idea. Un ejemplo en Dworkin, R., *El imperio de la justicia*, *cit.*, p. 191. Existe todo un debate sobre el alcance de esta tesis y su evolución. Entre otros trabajos *cfr.* Bix, B., *Law, Language, and Legal Determinacy*, *cit.*, pp. 77 y ss; Coleman, J., “Truth and Objectivity in Law”, *cit.*, pp. 48 y ss; Endicott, T., “Ronald Dworkin y las consecuencias de la vaguedad”, trad. de J. J. Moreso y P. Navarro, *Doxa* 19, 1996 y en *Palabras y reglas. Ensayos de Filosofía del Derecho*, *cit.*, pp. 93 y ss; y Finnis, J., “On Reason and Authority in «Law’s Empire»”, *Law and Philosophy* 6, 1987, pp. 372 y ss. Bonorino ha publicado un libro en castellano al respecto. *Cfr.* Bonorino, P. R., *Objetividad y verdad en el Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002. En 2006 se ha publicado un debate entre Massini y Moreno Rodríguez Alcalá sobre el alcance de esta tesis. *Cfr.* Massini Correas, C. I., “Dworkin, Finnis y la «única respuesta correcta»”, en Legarre, S., Miranda Montecinos, A. y Orrego, C., *La lucha por el derecho natural*, Santiago, Universidad de los Andes, 2006, pp. 95-117 y Moreno Rodríguez Alcalá, R., “Respuestas correctas, justas y la persistencia del encanto del legalismo. Comentario a “Dworkin, Finnis y la única respuesta correcta” del Prof. C. I. Massini C.”, en Legarre, S., Miranda Montecinos, A. y Orrego, C., *La lucha por el derecho natural*, *cit.*, pp. 119-149.

⁴⁹ Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II q. p. 91, a. 3.

una decisión son conmensurables. Dicho de otro modo, no parece factible obtener en todo caso una *unidad común de medida* entre todos los bienes y razones.⁵⁰

Con una aproximación no exactamente coincidente con la de Aquino o Finnis, Alexy llega a una similar conclusión al considerar que debido a la imposibilidad de derivar una única solución para cada problema aplicando las reglas del discurso (que expresan las condiciones de la argumentación práctica racional), resultan necesarios los procedimientos jurídicamente regulados capaces de transformar la deliberación y la argumentación en una decisión y evitar que el discurso quede paralizado y, por lo tanto, no pueda operar en el plano real.⁵¹

Resta advertir que la inevitable posibilidad discursiva, para Aquino, es producto de la limitación (imperfección) de la razón humana para participar o conocer acabadamente el orden moral. Dicha participación se daría “en cuanto a algunos principios generales, mas no en cuanto a la ordenación peculiar de cada una de las cosas singulares” (por más que esta ordenación exista).⁵² Para Alexy, la inevitabilidad de la posibilidad discursiva se basa en que el discurso práctico: i) no prescribe las premisas normativas de partida de los participantes en el discurso; ii) no establece todos los pasos argumentativos para alcanzar un resultado; y iii) algunas reglas, que tienen carácter ideal, sólo pueden ser cumplidas de forma aproximada, ya que en el discurso práctico real no se dan plenamente las condiciones del discurso práctico ideal (tiempo ilimitado, participación ilimitada y ausencia total de coacción en aras de producir plena claridad lingüística-conceptual, información empírica com-

⁵⁰ Cfr. Raz, J., *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*, cit., pp. 46-66; y Finnis, J., “On Reason and Authority in «Law’s Empire»”, cit., pp. 372-375; o, del mismo autor, “Concluding Reflections”, cit., p. 238; “Natural Law and Legal Reasoning”, cit., p. 9; y *Ley Natural y Derechos Naturales*, cit., pp. 141 y ss.

⁵¹ Cfr. Alexy, R., “La institucionalización de la razón”, trad. de J. A. Seoane, *Persona y Derecho* 43, 2000, pp. 233-235.

⁵² Cfr. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II q. 91, a. 3. Resulta oportuno aclarar que con esta afirmación Aquino no pretende negar la intelectualidad de la prudencia. Al respecto, por ejemplo, cfr. *ibidem*, II-II q. 47 a. 2- 5; y II-II q. 181 a. 2.

pleta, aptitud y disposición plenas para el intercambio de roles y total ausencia de prejuicios).⁵³ Como puede advertirse, al final de cuentas tanto la posición de Aquino como la de Alexy defienden la inevitable posibilidad discursiva, fundamentándola en ambos casos (entre otras cosas) en las limitaciones del ser humano al buscar respuestas por medio del razonamiento práctico.⁵⁴

Al margen de los diferentes modos en que puede fundarse la idea de que la posibilidad discursiva resulta inevitable, si se acepta que pueden existir muchas opciones razonables (o moralmente correctas) para regular una misma situación de la vida social, cuando una norma jurídica regula dicha situación determinando como únicamente correcta una de las diferentes soluciones razonables, la existencia de dicha norma será relevante y capaz de coordinar la conducta de los ciudadanos por más que a la hora de decidir si ha de ser aplicada y cuál es concretamente su alcance no sólo se tenga en cuenta lo que establece, sino también otras razones (*v. g.*, la corrección moral del resultado al que conlleva). Lo que quiere afirmarse aquí es que cuando muchas soluciones a un problema son razonables, las normas jurídicas positivas, al optar por una de todas estas opciones (indiferentemente) razonables, tendrían la capacidad de determinar autoritativamente cuál de todas las soluciones ra-

⁵³ Cfr. Alexy, R., "La institucionalización de la razón", *cit.*, pp. 229 y 230.

⁵⁴ Con respecto a esta última cuestión, resulta inevitable hacer una mención al aporte de la hermenéutica contemporánea. Las conclusiones del estudio que hace la hermenéutica de las condiciones de posibilidad de la comprensión ponen de manifiesto la dependencia recíproca entre comprensión y pre-comprensión (prejuicio) y el carácter circular del comprender. Cfr. Gadamer, H. G., *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, trad. de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, Salamanca, Sígueme, 1977, *passim*. Estas conclusiones en buena medida pueden fundarse en las limitaciones de la capacidad del ser humano para comprender. En concreto, las limitaciones propias de un ser que conoce desde un punto de vista y que es lo que es por su inmersión en una cultura, lenguaje, tradición, junto con lo ilimitada e infinita que es su apertura a conocer. Cfr. Serna, P., "Hermenéutica y relativismo. Una aproximación desde el pensamiento de Arthur Kaufmann", en Serna, P. (dir.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica: Revisión crítica de algunas teorías contemporáneas*, 2a. ed., Granada, Comares, 2005 y Orrego, C., "Hermenéutica y no cognitivismo ético en la teoría analítica del derecho", *Ars Interpretandi* 3, 1998, pp. 321-323.

zonables es la jurídicamente obligatoria. De este modo, las normas jurídicas positivas serían capaces de proporcionar un criterio de resistencia frente a otras opciones razonables, cerrando o limitando (como sugería Shapiro) las posibilidades de obrar que resulten inconsistentes con ellas. Justamente esta capacidad que tendrían las normas jurídicas de atrincherar unos criterios razonables de obrar como los obligatorios (y separarlo de un grupo más amplio de buenas razones para obrar) es lo que les permitiría guiar de un modo especial las conductas y producir efectos prácticos. Más aun, puede decirse que la fuerza vinculante (capacidad de obligar) de las normas jurídicas no surge sólo de su razonabilidad sino también de su capacidad para *añadirle* a una de las diferentes soluciones razonables la capacidad de coordinar las conductas de los miembros de una comunidad.⁵⁵ En palabras de Aristóteles, las leyes establecidas para casos concretos, y que no tienen en todas partes la misma fuerza, hacen que “aquello que en un principio da lo mismo que sea así o de otra manera” (v. g., que se deba sacrificar una cabra y no dos ovejas), “ya no d[é] lo mismo” y que su cumplimiento resulte debido en justicia (por su razonabilidad). En concreto, para Aristóteles, lo que establecen estas leyes es debido por un tipo de justicia “fundada en la convención y en la utilidad”, en contraposición a lo que denomina la “justicia natural”.⁵⁶

Por ello, es correcto afirmar que el surgimiento del Derecho parece estar relacionado con su capacidad para coordinar razonablemente a los ciudadanos de un modo que no lo consigue solamente la moral. Más aún, dicha coordinación racional sería lo que permitiría a los ciudadanos desarrollarse de una manera que no lograrían si las normas jurídi-

⁵⁵ Aquino sostiene algo parecido al afirmar que las leyes humanas que derivan de la ley natural como una determinación de ella, le “añaden” algo a dicha ley natural que no tiene “más fuerza que la de la ley humana”. *Cfr.* Tomás de Aquino, *Summa Theologiae*, I-II q. 95, a. 2.

⁵⁶ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, V, 7, 1135a (se emplea la edición bilingüe a cargo de M. Araújo y J. Marias, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994).

cas no existiesen o si no se tomase en serio su aplicación.⁵⁷ Sin embargo, para sostener esto no es necesario desconfiar de la objetividad de los criterios morales, sino que basta con advertir que la moral es capaz de guiar las conductas en muchas direcciones posibles y válidas y que si no existiese el Derecho para regular la conducta de los ciudadanos, incluso quienes estuviesen dispuestos a cumplir con lo que manda la moral, estarían sometidos a una falta de predictibilidad en la que la mayoría de los conflictos jurídicos serían resueltos por elección entre alternativas abiertas. Una falta tal de predictibilidad es lo que atentaría contra la existencia de un orden que permita un tipo de coordinación que facilite la coexistencia pacífica y que asegure la autodeterminación y la libertad de los ciudadanos respecto de algunas formas de manipulación a las que puede intentar recurrir la autoridad.⁵⁸

Un par de ejemplos ayudarán a terminar de explicar este punto. Si bien es importante la organización del tránsito para que éste sea más seguro y eficiente, todas las razones que puedan considerarse al respecto no parecen decir si es más razonable que se circule en un sentido o en otro, por la derecha o la izquierda, en una carretera o calle de doble sentido. Por ello, las normas jurídicas positivas que regulan autoritativamente en qué dirección se debe circular son capaces de guiar, generar efectos y determinar una cuestión por más que a la hora de aplicarlas se tengan en cuenta criterios de razonabilidad práctica (morales) para confirmar su obligatoriedad en el caso concreto. Otro ejemplo, menos trillado que de las normas de tránsito y que también sirve para explicar la línea argumentativa que se propone, es el de las normas que determinan plazos procesales. Si bien el establecimiento de los plazos procesales por parte de estas

⁵⁷ Cfr. Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980. Traducción de Orrego, C., *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, cap. IX, y Cotta, S., *El Derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*, trad. de I. Peidró Pastor, Pamplona, EUNSA, 1987, pp. 50 y ss., 84 ss., y pp. 108-122.

⁵⁸ Cfr. Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales*, cit., pp. 298-304.

normas responden a la búsqueda de celeridad en los procesos que resulte respetuosa del derecho de defensa u otros bienes, normalmente, cuando es necesario establecer dichos plazos, existen muchas posibles opciones aceptables, porque todas ellas satisfacen los bienes mencionados —celeridad y defensa—. En este sentido, parece evidente que el hecho de que el plazo para contestar una demanda civil sea de 20 o 25 días resulta una cuestión contingente que deberá resolver quien tenga la autoridad para regular tal cuestión. Esto no implica que dicho plazo podría ser de cualquier tipo, pues si es demasiado breve puede lesionar el derecho de defensa y si es demasiado largo atentar contra la celeridad procesal.

En definitiva, debido a que muchas (quizás, la gran mayoría) de las cuestiones reguladas por las normas jurídicas admiten múltiples soluciones razonables, al menos la decisión que dichas normas toman dentro de esas opciones tiene una innegable relevancia y efecto práctico, porque establecen cómo ha de resolverse una cuestión que si no estuviese regulada podría ser resuelta de muchas maneras.⁵⁹

2. Respuestas a los distintos modos en que se presenta la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho

De aceptarse esta línea argumentativa resta establecer en qué medida permite superar los diferentes modos en que se expresa la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho.

⁵⁹ Con respecto al alcance de la libertad de los operadores jurídicos para decidir entre alternativas inconmensurablemente satisfactorias, resulta especialmente difícil dar muchas precisiones más que las que hasta ahora se han ofrecido. El pensamiento de Finnis refleja claramente esta dificultad ya que, por un lado, afirma que: “en el área vasta donde el legislador, más que aplicar o ratificar determinados principios o reglas de razón, construye determinaciones, hay relativamente pocos puntos en los que su elección pueda ser razonablemente considerada como «sin trabas» o «arbitraria»”. Sin embargo, luego termina afirmando que: “[e]s verdad que el razonamiento de quienes ejercen la autoridad frecuentemente termina sin identificar ninguna decisión como la única razonable”. Cfr. Finnis, J., *Ley natural y derechos naturales*, cit., pp. 313 y 316.

En este sentido, se ha explicado la visión según la cual el Derecho perdería su capacidad de guía o de tener autoridad si su obligatoriedad depende de su conformidad con la moral. Como se ha dicho anteriormente, la capacidad que tiene el Derecho de atrincherar unos criterios razonables como los obligatorios es lo que le permite guiar de un modo especial las conductas y producir efectos prácticos por más que su obligatoriedad en última instancia dependa de su corrección moral. Tampoco hay inconveniente en reconocerle autoridad al Derecho por más que su obligatoriedad dependa de su corrección moral si se advierte que el Derecho tiene la capacidad autoritativa para elegir entre diferentes posibilidades razonables de ordenar y coordinar la vida social. Así, siguiendo a Raz, se puede afirmar que el Derecho, por medio de sus normas, aporta razones para la acción y para excluir el balance de razones (que de no existir el Derecho sería necesario realizar). Estas afirmaciones simplemente han de ser matizadas agregando que, en realidad, las razones que aporta el Derecho son sólo *presuntivamente excluyentes*. Lo anterior significa que las razones que ofrece el Derecho en principio reemplazan a las razones de quienes están sometidos a él siempre y cuando el Derecho haya optado autoritativamente por una de todas las opciones razonables o correctas.⁶⁰

La línea argumentativa que se viene desarrollando también parece capaz de explicar cómo una Constitución cuya obligatoriedad depende entre otras cosas de su corrección moral no resulta irrelevante para asignarle validez a otras normas jurídicas. En este sentido, si bien es correcto afirmar que en última instancia la obligatoriedad de las normas jurídicas infra-constitucionales no depende únicamente de que hayan sido dictadas conforme a criterios que establece la Constitución de la que derivan, dichas Constituciones siguen siendo relevantes para determinar cuáles de todos los posibles criterios formales y materiales moralmente correctos o razonables habrá que considerar a la

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 273 y ss.

hora de establecer la validez de las normas jurídicas infra-constitucionales.

Por otra parte, afirmar que el Derecho tiene la capacidad de elegir entre distintas opciones razonables de ordenar (y, de este modo, coordinar) la vida social también ayuda o permite comprender el importante papel que tienen en este objetivo las normas jurídicas infra-constitucionales. Si bien la mayoría de los sistemas y prácticas constitucionales occidentales han incorporado, a través de los derechos fundamentales, criterios materiales de validez jurídica normalmente expresados como principios necesitados de una determinación creativa, esto no muestra que en la actualidad toda respuesta deba buscarse y encontrarse en la realidad constitucional y que las normas jurídicas infra-constitucionales a lo sumo serán solo redundantes (y, por lo tanto, superfluas) del contenido constitucional. Justamente el imprescindible papel de las normas infra-constitucionales será el de determinar cuál de todos los posibles modos (razonables y conformes a los contenidos materiales de la Constitución) de ordenar (y coordinar) la vida social regirá en una sociedad en concreto.

Por último, resta mencionar que la línea argumentativa que se viene desarrollando también puede ayudar a explicar la relevancia de la legitimidad de origen de las normas jurídicas, por más que se tenga en cuenta su corrección moral para establecer su obligatoriedad. Como se ha visto, debido a que la moral es capaz de guiar el obrar en varias direcciones posibles y correctas es necesario que el Derecho determine de qué modo concreto ordenar y coordinar la vida social. Dicho ordenamiento comprende también la determinación de las reglas razonables por las cuales se podrá determinar la legitimidad de un gobierno. Así, vincular de algún modo la obligatoriedad de las normas jurídicas con algunos principios morales no necesariamente supone afirmar que el origen legítimo o ilegítimo de dichas normas jurídicas sea irrelevante para establecer su obligatoriedad. Su obligatoriedad *qua* normas jurídicas dependerá tanto de

la legitimidad de su origen como de su razonabilidad, justamente por la importancia que tiene que se respete todo ordenamiento jurídico razonable como herramienta de coordinación que facilita la coexistencia pacífica y que asegura la autodeterminación y la libertad frente a algunas formas de manipulación a las que puede recurrir la autoridad.⁶¹

3. *Desafíos de la propuesta*

Sin embargo, la línea argumentativa que proponemos para superar la aparente paradoja de la irrelevancia moral del Derecho no está exenta de dificultades. Una primera dificultad es que, si la moral en algunos casos no ofrece razones para que un caso se resuelva de un determinado modo, entonces puede resultar dudoso que en esos casos el Derecho sea moralmente relevante o tenga capacidad justificativa. Dicho de otra manera, con esta observación se cuestiona cómo puede explicarse la capacidad del Derecho para fabricar o jerarquizar razones que no preexistían y que le permiten justificar su decisión.⁶²

Al respecto hay que decir que, en realidad, esta dificultad es sólo aparente. De alguna manera ya se ha sugerido que si bien el razonamiento práctico se basa en principios en cierto modo necesarios —que van desde principios tan generales como el que establece hacer el bien y evitar el mal a otros más específicos como los que buscan evitar los resultados absurdos—, su aplicación a casos particulares resulta en muchos casos contingente.⁶³ Ello es así no sólo porque las situaciones de hecho difieren mucho entre sí, sino también porque la conducta humana puede orientarse hacia una gran variedad de opciones igualmente racionales, al menos en principio y muchas veces también en último término. Al respecto se han referido recientemente algunos

⁶¹ *Ibidem*, pp. 298-304.

⁶² Cfr. Nino, C. S., “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y epistemológico de la democracia”, *cit.*, pp. 107 y ss.

⁶³ Cfr. Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* I-II q. 94, a. 4.

autores destacando la inconmensurabilidad de cierto tipo de bienes y razones. Por ejemplo, no parece razonable afirmar *a priori* (y en algunos casos en último término) que “un buen tango” es mejor que “un bello vals”, o que es mejor “pasar un rato leyendo un libro” que “jugando un partido de fútbol”. En estos casos, la decisión no involucra exclusivamente elementos racionales y, por ello, las decisiones no siempre se toman prescindiendo de preferencias y emociones. Sin embargo, la presencia de estos elementos de índole afectiva, emocional o volitiva no autoriza sin más a considerar estas decisiones como irracionales, ya que se adoptan entre alternativas racionales.

Por otra parte, la inconmensurabilidad de algunos bienes y razones y la contingencia de las situaciones de hecho no convierten el problema de la corrección de las acciones humanas en una cuestión indecidible, ya que la existencia de más de una respuesta *correcta* o *buena* a una cuestión, no impide que existan otras respuestas incorrectas o malas.⁶⁴

En definitiva, cuando la moral ofrece varias opciones viables, el Derecho no pierde capacidad justificativa si elige una de las opciones correctas, ni crea una nueva razón para justificar su opción porque dicha razón es ofrecida, en última instancia, por la moral, sino que simplemente está justificado que pueda elegir una de las opciones correctas, ya que su elección le añade a una de estas opciones la capacidad de coordinar las conductas de los miembros de una comunidad para que puedan desarrollarse de un modo que no alcanzarían sin dicha regulación.

Por último, si bien la respuesta recién ofrecida a la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho puede resultar auspiciosa hay que reconocer que también tiene que enfrentar otro desafío. En este sentido, resta todavía dilucidar

⁶⁴ Cfr. Raz, J., *Engaging Reason. On the Theory of Value and Action*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 46-66, y Finnis, J., “On Reason and Authority in «Law’s Empire0187””, *Law and Philosophy* 6, 1987, pp. 372-375; o, del mismo autor, “Concluding Reflections”, *Cleveland State Law Review* 38, 1990, p. 238; “Natural Law and Legal Reasoning”, *Cleveland State Law Review* 38, 1990, p. 9; y *Ley natural y derechos naturales*, cit., pp. 141 y ss.

si es aplicable a los casos en los que están en juego cuestiones relacionadas con los derechos humanos. Dicho de otro modo, queda todavía por aclarar si cuando surgen cuestiones relativas a derechos humanos el Derecho tiene capacidad de elección entre multiplicidad de soluciones todas ellas correctas, haciendo que su rol determinativo sea relevante desde el punto de vista justificatorio, o si, por el contrario, en estos casos las decisiones de los constituyentes o los legisladores, que reconocen dichos derechos, o de los tribunales, que los aplican, sólo cuentan con una sola opción moralmente aceptable y, por lo tanto, su función en esos casos consiste únicamente en reconocer o repetir una exigencia moral ineludible asegurándose de que se la cumpla, incluso si es necesario de forma coactiva.

Para encaminarnos a responder este interrogante resulta iluminador tener en cuenta que aquellos contenidos u ordenaciones que (como dice Aristóteles) en todas partes tienen (o deberían tener) la misma fuerza, como los derechos humanos, necesitan y son formalizados y determinados por los operadores jurídicos que han de reconocerlos, aplicarlos y resolver las controversias en los que están en juego. Como es sabido, normalmente los derechos humanos son recogidos en normas abiertas, generales, amplias y necesitadas de delimitación y del llenado de la legislación y la jurisprudencia. De hecho, en general estos derechos suelen instrumentarse por medio de principios jurídicos que son por definición en alguna medida indeterminados, matizables y que no brindan consecuencias jurídicas precisas sino sólo razones *prima facie*, pautas que iluminan un camino pero que no ofrecen u obligan a una única decisión. Todo esto hace que resulte necesario que se advierta lo importante de la dimensión prudencial con la que han de actuar los operadores jurídicos, al intentar determinar en unas circunstancias y contextos normativos concretos el alcance de estos derechos. Esto es perfectamente compatible con el hecho de que en la práctica no sólo no exista, sino que resulte imposible, que exista una regulación legal única o una

única interpretación judicial aceptable de dichos derechos. Por esto, que distintos tribunales adopten diferentes puntos de vista razonables sobre un problema no contradice lo que se acaba de afirmar, sino que esto puede explicarse precisamente porque la dimensión prudencial conduce a distintas soluciones y opciones legítimas.⁶⁵ Con todo esto, lo que quiere ponerse de manifiesto es que incluso cuando están en juego derechos humanos, los constituyentes, los legisladores y los tribunales han de decidir cómo garantizarlos. Por más que por su carácter universal estos derechos exijan cosas que en alguna medida deberían tener la misma fuerza en cualquier parte, en muchas ocasiones su satisfacción puede ser alcanzada de diferentes modos posibles. En este sentido, Finnis afirma que no hay que concebir “como arroyos que corren por canales separados” aquellos aspectos del Derecho que deberían ser iguales en cualquier parte, de aquellos otros que dan lo mismo que sean de un modo u otro.⁶⁶

No obstante, en esta oportunidad simplemente advertimos el desafío que ha de ser enfrentado, esbozamos una línea de respuesta, y dejamos para otra oportunidad su desarrollo.⁶⁷

V. CONCLUSIONES

Del desafío impuesto por la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho y de la respuesta esbozada en este trabajo pueden obtenerse algunas conclusiones se aspira sirvan para iluminar el camino hacia obtener algunas respuestas a las preguntas con las que iniciamos este trabajo: ¿la obligatoriedad del Derecho depende de algún tipo de

⁶⁵ Cfr. Serna, P. y Toller, F., *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 56-60.

⁶⁶ Cfr. Finnis, J., *ley natural y derechos naturales*, cit., p. 316.

⁶⁷ Al respecto hay que decir que la profesora Pilar Zambrano intenta dar respuesta a esta última cuestión a partir del pensamiento de John Finnis.

conformidad con la moral?; ¿es necesaria la existencia del Derecho? y ¿por qué regirnos por el Derecho y no, más bien, por la moral?

Como se ha visto, el Derecho posee una capacidad de obligar o de dirigir normativamente la acción de sus destinatarios que no consiste meramente en enunciar exigencias o en que de hecho, muchas veces por medio de la coacción, resulta eficaz. Estas posibilidades no alcanzan para explicar por qué puedo “estar obligado” por el Derecho.⁶⁸ En realidad, la normatividad del Derecho ha de fundarse en otras normas que le transmiten su capacidad para justificar la obligatoriedad de lo que ordena. No obstante, debido a que este proceso de fundamentación no puede continuarse al infinito, en última instancia el Derecho ha de justificar la obligatoriedad de sus mandatos apelando a unas normas válidas por sus propios méritos y no justificables a su vez por otras normas. Dicho de otra manera, la normatividad del Derecho sólo puede explicarse apelando en última instancia a principios morales últimos.

Por otra parte, si bien el Derecho necesita que sus mandatos resulten moralmente correctos para poder justificar su obligatoriedad, esto no significa que el Derecho sea completamente redundante a la moral y que, por lo tanto, no aporte nada específicamente suyo al regular la conducta de sus destinatarios. Debido a que la conducta humana puede orientarse a una gran variedad de opciones moralmente correctas, en muchas ocasiones las exigencias de la moral pueden admitir varias respuestas o soluciones correctas para una misma cuestión. Esto supone que, cuando el Derecho regula una de estas cuestiones eligiendo una de las diferentes opciones moralmente correctas, la existencia del Derecho aporta una determinación de las soluciones posibles que adquiere una indudable relevancia, entre otras cosas, por su capacidad para coordinar a sus destinatarios de forma que puedan desarrollarse de un modo que no alcan-

⁶⁸ Dichos posibilidades quizás sí logran explicar por qué me puedo “ver obligado” por el Derecho. *Cfr.* Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, *cit.*, p. 103.

zarían sin dicha regulación. Así, cuando muchas soluciones a un problema son moralmente correctas, el Derecho tendría la capacidad de determinar autoritativamente estas cuestiones optando entre una de las opciones razonables, proporcionando un criterio de resistencia frente a otras opciones razonables, guiando, produciendo efectos prácticos y coordinando a sus destinatarios, por más que a la hora de aplicarlo se tenga en cuenta si optó realmente por una opción moralmente correcta.

Por último, resta advertir que los intentos de explicar la normatividad del Derecho como completamente autónoma a la moral que apelan a la paradoja de la irrelevancia moral del Derecho para desalentar otras opciones, no sólo no logran alcanzar este objetivo ni resolver el dilema planteado por dicha paradoja, sino que además deberían terminar sosteniendo que en la actualidad el Derecho no resulta capaz de guiar, obligar o resultar autoritativo, debido a que el Derecho actual explicita la dependencia que su obligatoriedad tiene con respecto a algunos criterios morales. Más aún, quienes intentan esto deberían afirmar que el Derecho actual se ha vuelto radicalmente indeterminado dejando una discrecionalidad tan amplia a quienes han de actuar y decidir que resulta incapaz de coordinar las acciones de los ciudadanos y que facilita los excesos, especialmente, por parte de la autoridad.

LA DISCUSIÓN SOBRE EL CARÁCTER DEÓNTICO
DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA:
OBLIGACIÓN O PERMISO

Carla HUERTA O.

Resumen:

El objeto del artículo es analizar el carácter deóntico de las normas de competencia, más que definir el concepto de competencia. En este caso, la competencia es entendida como un poder conferido por el sistema jurídico a ciertas autoridades, como la capacidad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas o posiciones. Sólo un par de ellas son examinadas, a fin de evaluar si esas normas tienen un carácter deóntico autónomo o presentan una combinación de características independientes. La relevancia de las respuestas está relacionada con cuestiones acerca de la responsabilidad, la coerción y las consecuencias jurídicas.

Palabras clave:

Sistema jurídico, competencia, poderes jurídicos, carácter deóntico, normas, permisión, obligación.

Abstract:

The object is to analyze the deontic character of the competence norms, more than to define the concept of competence. Competence is here understood as a power given by the legal system to a certain authority, as the ca-

CARLA HUERTA O.

capacity to create, modify or extinguish legal relations or positions. Only a couple of these are examined to evaluate whether these norms have an autonomous deontic character, a complex modality or present a combination of independent characters. The relevance of the answers is related to questions about responsibility, coercion and legal consequences.

Keywords:

Legal System, Competence, Legal Powers, Deontic Character, Norms, Permission, Obligation

CARÁCTER DEÓNTICO DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA

SUMARIO: I. *Delimitación del objeto*. II. *Posturas doctrinales*. III. *Sobre el carácter deóntico de las normas de competencia*. IV. *Conclusiones*.

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO

Comprender el funcionamiento del sistema jurídico requiere de la comprensión previa de las normas de competencia, por lo que la relevancia de su análisis no requiere de justificación, aun cuando ya ha sido estudiado por varios autores desde distintos puntos de vista.

Si el derecho es concebido como un sistema normativo de carácter dinámico, las normas de competencia pueden ser consideradas como uno de sus elementos básicos o primarios. De tal forma que, si se acepta su papel primordial en el sistema jurídico, es preciso determinar su *status* normativo para poder comprender su alcance en el ejercicio, así como las consecuencias del mismo para el sistema jurídico. Las normas de competencia constituyen el origen de otras normas del sistema jurídico, y por ende un elemento determinante de la validez de los procesos de creación. El concepto de competencia se encuentra por lo tanto estrechamente relacionado con el de validez, no solamente de las normas jurídicas, sino del sistema mismo.

El objetivo es revisar la discusión en torno al carácter deóntico de las normas de competencia, entendidas éstas como las normas que atribuyen alguna facultad a un sujeto con carácter de autoridad únicamente. Esto implica distinguir distintos tipos de enunciados normativos para revisar su carácter deóntico, y analizar su función, esto es, aquello que pueden realizar en el marco de un sistema jurídico.

La explicación de la norma de competencia requiere del examen de su estructura y la distinción de sus funciones en el sistema jurídico, aun cuando su función de norma fundante (o fundamental como la denomina Kelsen)¹ no será analiza-

¹ Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie der Normen*, Viena, Manz Verlag, 1990, p. 207.

da en esta ocasión.² Analizar su carácter deóntico servirá para determinar su naturaleza jurídica, lo cual a su vez depende del concepto mismo de competencia. Ésta a su vez, ha de ser entendida como facultad que posibilita el ejercicio del poder atribuido a la autoridad por el sistema jurídico.

Para ello es necesario adoptar un concepto específico de norma que permita desarrollar el análisis de los distintos tipos de normas, con el objeto de diferenciar las normas de competencia y tipificarlas. A tal efecto se analizan los elementos componentes de las normas de acuerdo con la clasificación de von Wright,³ para poder responder a la pregunta sobre si las normas de competencia tienen un contenido o sujeto específico, y para determinar su carácter y contenido.

A efecto de establecer el marco conforme al cual se hará el planteamiento, se propone un concepto semántico de norma y se define la función de la norma de competencia como norma secundaria en el sentido de Hart. La idea de identificar el carácter deóntico de las normas de competencia tiene por objeto evaluar el modo de exigir su realización y de atribuir consecuencias jurídicas en caso de omisión. Esto, sin embargo, depende de las diversas posibilidades de interpretación del carácter de la norma de competencia como permiso, como obligación para ejercer una cierta atribución, o como un deber cuyo ejercicio depende de una situación determinada, por ejemplo.

La competencia se analiza como “poder normativo”, lo cual la vincula con la noción de “deber”;⁴ es en este sentido que debe investigarse su relación con el concepto de deber (*Sollen*). La competencia, por lo tanto, ha de entenderse

² En realidad no se puede excluir completamente la referencia a las normas fundantes, pero en esta ocasión solamente se hará de manera tangencial a efecto de distinguir la norma de competencia de su contenido.

³ Wright, G. H. von, *Norma y acción. Una investigación lógica*, trad. de Pedro García Ferrero, Madrid, España, Tecnos, 1979, pp. 87 y ss. (título original: *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1963).

⁴ MacCormick señala que no es un poder de hecho, sino de otro tipo. Véase MacCormick, Neil, “Law as Institutional Normative Order”, *Rechtstheorie* 28, Berlín, Duncker und Humblot, 1997, p. 222.

como poder jurídico o facultad. Por su contenido, es posible distinguir dos tipos de normas de competencia: las que atribuyen competencia al órgano emisor de una norma (facultan en sentido estricto) y las que regulan el procedimiento de creación. Para poder comprender dicha clasificación es preciso distinguir entre las normas que facultan a las autoridades de las que no lo hacen. La postura que sostiene que el derecho solamente puede ser explicado si se distingue entre las normas que atribuyen competencia y las que obligan o establecen deberes, pertenece a una de las más importantes tesis de la filosofía del derecho contemporánea.⁵

Se considera que los sistemas jurídicos son estructuras que esencialmente consisten de dos tipos de normas: las que imponen deberes (*duty-imposing norms*) y las que atribuyen poderes para emitir normas (*power-conferring norms*).⁶ Esta afirmación ha llevado a sostener que el derecho solamente puede ser entendido a partir de una distinción precisa entre estos dos tipos de normas. Según Ross, un sistema jurídico bien desarrollado, siendo institucional y dinámico, contiene normas de conducta que prescriben cómo actuar y normas de competencia que proveen cómo nuevas normas válidas y vinculantes pueden ser creadas mediante la ejecución de actos jurídicos.⁷ Por lo anterior, resulta indispensable esclarecer el significado del concepto de facultad o facultamiento (*empowerment*).

Hart⁸ indica que la distinción entre el derecho y otros sistemas normativos radica en que el derecho contiene diferentes

⁵ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Series, Oxford University Press, 1979, especialmente los capítulos 3-6; Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 1970, especialmente los capítulos 4-6.

⁶ Así las denomina MacCormick al señalar que “cuando representamos un orden normativo de manera dinámica, lo representamos en términos de las normas que regulan el cambio, individualizadas como normas de competencia, *power-conferring rules*, reglas institutivas de instituciones jurídicas. Véase “Law as Institutional Normative Order”, *loc. cit.*, nota 4, p. 233.

⁷ Ross, Alf, *Directives and Norms*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1968, p. 118.

⁸ Hart, *The Concept of Law*, *cit.*, nota 5, pp. 101.

tipos de normas, ya que no solamente prescribe conductas (normas primarias), sino que también prevé una serie de normas que se refieren a esas normas y a los órganos de creación y aplicación (normas secundarias). Según Hart, forma parte de esta segunda clase: la “regla de reconocimiento”, que permite determinar qué normas pertenecen al sistema; la “regla de cambio”, que establece los órganos y los procedimientos de creación normativa —fundamental en virtud de la dinámica del derecho—, y la “regla de adjudicación”, que establece los órganos y procedimientos de aplicación. No obstante, esta forma de agrupar las normas no implica la supresión del carácter prescriptivo de las normas secundarias, ya que ambos tipos de normas tienen la misma estructura lógica y son obligatorias. El objetivo de esta distinción es subrayar el hecho de que en los sistemas jurídicos existen normas que se refieren al propio sistema, ya que otros tipos de normatividad solamente establecen normas que se dirigen a los individuos (normas de conducta, s.s.).

II. POSTURAS DOCTRINALES

Para abordar la cuestión del *status* jurídico de las normas de competencia, esto es, si son normas de conducta, si tienen una estructura especial o si realizan una función especial, se revisarán tan sólo algunas teorías a fin de compararlas y buscar una respuesta adecuada. Se ha elegido como referentes a Kelsen, Bulygin y von Wright, no solamente por su vinculación teórica, sino sobre todo porque, en mi opinión, ofrecen los elementos necesarios para poder aportar algunas conclusiones.⁹

El concepto de norma de competencia es entendido como la norma prevista en un enunciado normativo válido san-

⁹ Aun cuando existen numerosos trabajos realizados en los últimos años, como son los de Ruiter (*Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects*, Dordrecht, Kluwer, 1993), Spaak (*The Concept of Legal Competence*, Aldershot, Dartmouth, 1994) o Ferrer (*Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, CEPC, 2000), prefiero restringirme a estos tres autores como fuentes directas de la problemática que se analiza.

cionado por la autoridad que atribuye facultades de derecho público a un sujeto determinado por su carácter de funcionario. De esta manera se distingue de las facultades que forman la capacidad jurídica de las personas en el derecho privado, que se integra por sinnúmero de derechos.

1. *La postura de Kelsen*

En la *Teoría general de las normas*, Kelsen señala que el término *norma* en la lengua alemana procede del latín y que “designa —aunque no de manera exclusiva, pero si de manera preeminente— una obligación (*Gebot*), una prescripción (*Vorschrift*), una orden (*Befehl*)”. En su opinión, las normas jurídicas son *prescripciones* referentes al comportamiento mutuo entre los hombres.¹⁰ Según Kelsen, obligar no es la única función de las normas; facultar (*ermächtigen*), permitir y derogar también son funciones de las normas.¹¹ Una de las preguntas que se podría derivar de sostener que las normas jurídicas cumplen funciones distintas, es si pueden ser distinguidas por ciertos elementos característicos o en la forma del enunciado según su función.

Las normas de competencia se encuentran en el núcleo de la teoría del sistema jurídico dinámico de estructura escalonada de Kelsen, puesto que las normas de un sistema forman una unidad dinámica que se encuentra determinada por una norma última de referencia que constituye el parámetro de validez de sus normas. La Norma Fundamental de Kelsen, que sirve como criterio de pertenencia y validez de las normas del sistema, es en sí misma una norma de competencia. La Constitución, entendida como la primera norma positiva de un sistema jurídico, determina los procesos de creación y modificación del sistema. Para Kelsen, esta norma suprema regula órganos, procedimientos y contenidos. Las dos primeras categorías apuntan a normas

¹⁰ Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, México, Trillas, 1994. p. 19.

¹¹ Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., nota 1, p. 1.

de competencia y determinan la validez formal de las normas secundarias; la tercera, en cambio, es relativa a la validez material de las normas creadas a partir de las normas de competencia prevista en la Constitución.

Esta cualidad de norma de competencia de la Constitución puede apreciarse de manera clara en la afirmación de Bulygin, el cual sostiene que todo sistema jurídico tiene por definición una primera Constitución. Para Bulygin, “cualquier conjunto de normas que contenga por lo menos una norma de competencia puede ocupar la posición de una primera Constitución y dar lugar a un sistema jurídico”.¹² De igual modo se puede describir la Norma Hipotética Fundamental de Kelsen, cuyo carácter es puramente competencial, ya que como fundamento de validez contiene la competencia del constituyente, por ejemplo, de la primera norma positiva constitutiva de un sistema jurídico que, entre otras normas, debe contener como mínimo una norma de competencia que legitime jurídicamente el desarrollo del sistema.

Debido a la caracterización de la Constitución como norma primera y superior del proceso de creación normativa que prevé normas de competencia, ésta puede, en la medida en que sea una norma positiva, ser considerada como el primer criterio de validez de todo el sistema jurídico. Al mismo tiempo puede proporcionar un criterio de pertenencia de las normas a un orden jurídico específico. Esta misma relación se establece entre la “regla de reconocimiento” de Hart y las normas de un sistema jurídico, ya que ésta constituye un criterio para la calificación de la Constitución. Por lo cual se podría identificar a la Constitución como regla de reconocimiento al regular los procesos de creación y modificación del sistema. Por su parte, Raz añade¹³ que en un sistema jurídico existe más de una regla de

¹² En este caso Bulygin utiliza el concepto de orden, sin embargo, en virtud de que se refiere a la totalidad de las normas y de que por sus propiedades definitorias me parece más adecuado el término de sistema, utilizo éste para ello. Véase Bulygin, E., “Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos”, *Doxa*, 9, 1991, pp. 263 y 264.

¹³ Raz, Joseph, *The Concept of a Legal System*, cit., nota 5, p. 239.

reconocimiento, por lo que resulta posible que en un sistema jurídico específico exista más de una fuente de las normas de competencia.

La teoría de Kelsen se centra en el aspecto formal y dinámico del derecho; en los procedimientos de creación y aplicación de las normas. Y es precisamente en esta distinción donde se aprecia el carácter especial de las normas de competencia, ya que hace posible distinguirlas de las normas que regulan la conducta de los particulares (o normas de conducta, simplemente). El derecho no solamente es dinámico, sino que regula su propia dinámica estableciendo los límites y alcances de la misma, lo cual constituye uno de los rasgos distintivos de este tipo de normatividad.

Kelsen delimita el concepto de competencia a partir de los conceptos de *órgano* y de *imputación*. Para él, “la persona que *cumple* una función determinada por el orden jurídico tiene el carácter de órgano. Tales funciones, sean de creación o de aplicación de normas, tienden, en última instancia, a la ejecución de una sanción jurídica”. En su opinión, “el concepto estricto, material de órgano, tiene su contrapartida en otro concepto estricto y material de imputación al Estado”.¹⁴ La relación que se produce entre el supuesto de hecho y la sanción a través de la cópula, es la de imputación normativa, que es similar a la de consecuencia lógica y que deriva de la estructura condicional de la norma jurídica.¹⁵ La facultad atribuida por una norma de competencia a un individuo (funcionario) le atribuye, por lo tanto, la especial calificación de órgano al facultarlo para realizar funciones específicas.

Para Kelsen un funcionario “debe” ejercer la competencia atribuida, ya que “el ejercicio de su función es contenido de una obligación específica, el deber correspondiente al cargo,

¹⁴ Kelsen, H., *Teoría general del derecho y del Estado*, segunda edición de 1958, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988, p. 229.

¹⁵ Kelsen, *Reine Rechtslehre* (primera edición de 1934), Darmstadt, Scientia Verlag Allen, 1994, p. 22; *Reine Rechtslehre* (segunda edición de 1960), Viena, Franz Deuticke, 1983, pp. 40, 79 y ss.; García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1982, pp. 174-176.

cuyo cumplimiento se garantiza mediante medidas disciplinarias”.¹⁶ Este hecho apunta hacia su cualidad de norma imperativa que establece un *deber ser*, cuyo carácter es obligatorio, por lo que las normas de competencia no parecen ser potestativas para Kelsen. En su obra póstuma, señala de manera expresa que “la función normativa de atribuir competencia es distinta a las funciones de permitir y de obligar. Pero que facultar (*ermächtigen*) puede implicar obligar. Implica una obligación, cuando se atribuye competencia para *emitir normas*”.¹⁷

Por otra parte, el concepto de *sanción*, como la posibilidad de vincular un acto coactivo con un acto ilícito o contrario a lo dispuesto en una norma, es central para el derecho en la teoría de Kelsen.¹⁸ La sanción, sin embargo, como elemento de la norma, puede ser entendida como las consecuencias jurídicas atribuidas por la norma jurídica —esto es, derechos y obligaciones—, la cual puede ser de carácter premial o punitivo y estar enlazada con un acto coactivo, atribuir potestades, o determinar responsabilidad. La nulidad puede ser considerada, por lo tanto, como la consecuencia jurídica del incumplimiento de las condiciones de validez de una norma, por lo que en este sentido puede ser considerada como sanción al acto inválido que se encuentra prevista en otra norma.

Para la teoría de Kelsen, las normas de competencia se encuentran agrupadas con las normas secundarias, que en su terminología implica que establecen una conducta y que dependen de una norma que determine una consecuencia jurídica para el caso de su incumplimiento.¹⁹ La distinción material entre normas primarias (que prevén una sanción coactiva) y secundarias (de deber, *l.s.*) refleja claramente su idea de un sistema jurídico como unidad, en el cual sus

¹⁶ *Teoría pura del derecho*, 2a. ed. de 1960, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 2000, p. 300.

¹⁷ Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, *cit.*, nota 1, p. 83.

¹⁸ Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., *cit.*, nota 16, pp. 123 y ss.

¹⁹ Las normas secundarias, según Kelsen, son incompletas porque no prevén una sanción, Kelsen, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., *cit.*, nota 16, pp. 67-70.

normas se relacionan para darle sentido. La comprensión de las normas de competencia depende también de sus relaciones internas con otras normas. Concebir al sistema jurídico como un conjunto coherente de normas que se relacionan entre sí es, en mi opinión, una condición de la posibilidad de la determinación de su significado.

Según la tesis de la norma jurídica no independiente de Kelsen,²⁰ las normas se relacionan en función de la unidad del sistema jurídico de manera que todos sus enunciados pueden conectarse de manera más o menos directa con una sanción coactiva, y su cumplimiento, en consecuencia, es potencialmente coercible. Por lo que resulta posible afirmar que todos los enunciados de un sistema jurídico tienen carácter normativo, ya que establecen alguna forma de deber ser y en consecuencia son obligatorios. Al hacer una interpretación sistemática se pueden establecer las consecuencias jurídicas de un supuesto y determinar qué normas son completas, o en su caso, cómo se relacionan para conectar un supuesto con sus consecuencias jurídicas. Los principios que rigen el funcionamiento del sistema jurídico, así como el propio orden jurídico determinan la forma en que los elementos de la norma se relacionan debidamente.

Considero importante retomar la idea de que las normas de un sistema jurídico se encuentran vinculadas con otras normas que, a su vez, determinan las consecuencias jurídicas de su satisfacción o incumplimiento. Sobre todo porque en el caso de las normas de competencia se produce la responsabilidad jurídica del funcionario como consecuencia de su incumplimiento y puede acarrear la invalidez del acto. Alchourrón y Bulygin critican la definición de norma de Kelsen en función de su propia definición de norma en términos de relación entre un caso y su solución, por lo que intentan demostrar que no todos los enunciados normativos tienen una sanción, entendida en términos de ejecución

²⁰ Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre*, cit., nota 15, pp. 52, 55 y ss., *Teoría pura del derecho*, cit., nota 16, pp. 67-70.

de un acto coactivo.²¹ Vale la pena señalar que la definición de solución propuesta por Alchourrón y Bulygin es, sin embargo, compatible con la de consecuencia jurídica, lo cual en última instancia permite vincular un caso con una sanción/acto coactivo en términos de la tesis de las normas no independientes de Kelsen.

2. La perspectiva de Bulygin

Alchourrón y Bulygin abordaron el problema de la competencia en *Introducción a la Metodología de las ciencias jurídicas y sociales* a partir del análisis de la permisión, distinguiendo el permiso fuerte del débil, o el positivo del negativo como los denominaron respectivamente.²² Esta distinción es de gran relevancia para explicar la identificación que se hace en esta obra de la competencia con la permisión.²³ El análisis de la permisión se hará posteriormente en relación con la determinación del carácter deóntico de las normas de competencia.

Estos autores distinguen dos tipos de normas, o sistemas de normas como ellos lo denominan, de conformidad con el sujeto normativo a quienes se dirigen los enunciados normativos, diferenciando las normas que se dirigen al juez de las que se dirigen a los particulares, aunque consideran que se trata de sistemas que se interrelacionan.²⁴ El “sistema primario o del súbdito” se integra por reglas de conducta, y el “sistema secundario o del juez” regula su actividad como funcionario, y se integra por dos tipos de normas: las

²¹ Alchourrón y Bulygin, *Normative Systems*, Viena-Nueva York, Springer Verlag, 1971, p. 59, e *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Argentina, Editorial Astrea, 1987, pp. 97 y 98.

²² Alchourrón y Bulygin, *op. cit.*, nota 21, pp. 171 y ss.

²³ La concepción de las normas de competencia como normas permisivas en Alchourrón y Bulygin se sigue de las tesis de von Wright, *Norma y acción*, *cit.*, nota 3, pp. 198 y ss.

²⁴ Hablan así del sistema del juez o secundario y el sistema del súbdito o sistema primario, en *Normative Systems*, *cit.*, nota 21, pp. 144-155, y *Introducción a la...*, *cit.*, nota 21, pp. 205, 208 y ss.

de competencia y las de obligación.²⁵ Las normas de competencia le confiere a los jueces la facultad de juzgar, esto es, la jurisdicción en términos de Alchourrón y Bulygin. El otro tipo de normas les impone obligaciones y prohibiciones a los jueces y consideran que también son normas de conducta, pues regulan su conducta como jueces, es decir, en el ejercicio de su función jurisdiccional.²⁶ En mi opinión, sin embargo, esta distinción no priva de su carácter prescriptivo a las normas que integran el sistema del juez, ya que según los autores citados, tanto las normas de competencia (que regulan la facultad de juzgar) como las normas que establecen obligaciones y prohibiciones constituyen normas de conducta para el juez.²⁷

Para estos autores, “las normas de competencia son *normas de conducta* para los jueces, *si se las concibe como normas permisivas* que establecen la permisión de realizar ciertos actos en ciertas circunstancias”.²⁸ Pero aclaran, “que al mismo tiempo son constitutivas de la autoridad judicial”, ya que el carácter de juez deriva de una norma de competencia, “en la medida y con el alcance que la norma determine”.²⁹ Con esta afirmación se manifiesta una primera ambigüedad —o quizá tan sólo una cierta inquietud por explicar las normas de competencia de una manera distinta—. En el fondo, creo que lo que se refleja aquí es la insatisfacción de la explicación de este tipo de normas como

²⁵ Citan como ejemplo de regla de conducta, la obligación de juzgar, y la de fundar la decisión; cf. *Introducción a la ...*, cit., nota 21, pp. 211-214. En *Definiciones y normas*, Alchourrón y Bulygin sostienen que los jueces no solamente deben realizar las conductas exigidas por las leyes, sino además deben justificar sus decisiones en las normas jurídicas, y que esta obligación deriva de las normas sustantivas, no de las definitorias; cf. *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 451.

²⁶ Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la ...*, cit., nota 21, p. 210, y Bulygin, “Sobre las normas de competencia”, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 497.

²⁷ Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la ...*, cit., nota 21, p. 208.

²⁸ *Ibidem*, pp. 208 y 209.

²⁹ *Idem*.

normas permisivas.³⁰ Por otra parte, vale la pena recordar que la autoridad judicial es constituida por el nombramiento, una norma jurídica individual que procede de la competencia de otra autoridad normativa, además de que las normas de competencia atribuyen facultades y delimitan su ejercicio, pero no “definen” (en sentido estricto del término), el carácter de juez. No se limitan a describir una situación o a atribuir significado, sino que atribuyen facultades, constituyen la jurisdicción del juez.

Alchourrón y Bulygin sostienen que “las normas de competencia son (una clase especial de) normas permisivas; son normas de conducta que permiten crear nuevas normas”.³¹ Por lo cual supongo que no pueden ser consideradas como normas permisivas en el sentido general del término, como facultad de hacer o no hacer libremente, pues contienen algo que las hace distintas. Sin embargo, señalan que estas reglas a pesar de ser permisivas, en realidad “no son normas de conducta, sino meras definiciones”,³² al igual que los criterios de identificación, lo cual parece indicar una contradicción. Sobre todo porque insisten en distinguir este tipo de criterios de las reglas de competencia aunque hagan referencia a ellas.

Por otra parte, consideran que los enunciados que prevén normas de competencia son normas que autorizan a formular enunciados válidos en un sistema jurídico, pero para establecer la validez de un enunciado, en su opinión, es necesario conocer el contenido de ciertas normas de competencia. El contenido de las normas de competencia a que se refieren estos autores es el de las normas que fundamentan la creación de una norma cuya validez es cuestionada. En este sentido se puede decir, sin embargo, que aun cuando las normas de competencia hacen posible la emisión de

³⁰ En 1983 Alchourrón y Bulygin reconsideran este planteamiento para explorar una explicación de las normas de competencia en términos de reglas conceptuales, en “Definiciones y normas”, publicado en *Análisis lógico y derecho*, cit., nota 26, pp. 462 y 463.

³¹ Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la ...*, cit., nota 21, p. 120.

³² *Ibidem*, p. 121.

enunciados válidos, no aseguran la validez en términos de su obligatoriedad definitiva de los mismos, ya que la validez jurídica de las normas tan sólo tiene un carácter *prima facie*.

Posteriormente Bulygin revisa esta postura en *Sobre las normas de competencia*,³³ y hace un análisis de diversas posturas doctrinales (Kelsen, Hart, Ross, von Wright, Lindahl) a efecto de determinar la naturaleza de las normas que confieren competencia, esto es, poderes o potestades, y que hacen posible la creación de normas que pueden producir efectos jurídicos. Kelsen distingue, por ejemplo, la competencia como poder para crear normas jurídicas por órgano con motivo del ejercicio de una función atribuida, de la capacidad jurídica para crear normas que obligan a las personas que las emiten o para producir ciertos efectos jurídicos. Así, señala Bulygin, que “las normas de competencia son las que establecen esa capacidad (de crear normas jurídicas o producir efectos jurídicos) señalando las condiciones necesarias para su ejercicio.”³⁴

Para ello, Bulygin procede a distinguir la competencia del permiso, aclarando que no pueden ser identificadas, porque deben diferenciarse las normas de conducta (o deber, en mi opinión), ya sean de obligación o prohibición (imperativas, s.s.) o de permiso (facultativas/potestativas, en un sentido muy amplio, que permite decidir entre la realización o no realización de la acción), de las normas “constitutivas”, que según él, no imponen deber alguno. En relación con estas últimas, Bulygin sigue a Hart, para el cual las normas de competencia (reglas que confieren potestades) no son reducibles a normas de conducta (entendidas como órdenes seguidas de amenazas).³⁵ Asimismo, utiliza la clasificación propuesta por Ross, en *Directives and Norms*, que permite distinguir entre reglas regulativas y constitutivas.³⁶ Por otra

³³ En Alchourrón y Bulygin, *Análisis lógico y derecho*, cit., nota 26, p. 489.

³⁴ *Ibidem*, “Sobre las normas ...”, cit., p. 487.

³⁵ Hart, *The Concept of Law*, nota 5, p. 41.

³⁶ Ross, Alf, *Directives and Norms*, cit., nota 7, pp. 54 y ss.

parte, Bulygin señala que para Searle, “las normas constitutivas no sólo regulan, sino que “crean o definen nuevas formas de conducta”.³⁷ Aquí Searle apunta un aspecto relevante para la determinación de la naturaleza de las normas de competencia: su función es regular; por lo tanto, son normas, y su objeto son necesariamente conductas. Sin embargo, a Bulygin no le parece posible que las reglas constitutivas sean definiciones o enunciados analíticos³⁸ al mismo tiempo que normas regulativas de las actividades que prevén.³⁹ Sobre todo porque, en su opinión, una misma regla no puede ser a la vez una regla conceptual (una definición) y una norma de conducta (una prescripción), por lo que la observación de Searle le parece equívoca.⁴⁰

Al evaluar la tesis de von Wright, Bulygin señala que “la idea de que las normas de competencia son normas permisivas es difícilmente conciliable con la práctica jurídica”.⁴¹ Con lo cual estoy de acuerdo, sobre todo porque de ser permisivas su ejercicio sería optativo y, en el caso de existir en el sistema jurídico una norma que obligue a ejercer la competencia, se produciría necesariamente un conflicto entre estas dos normas que solamente se puede resolver considerando la competencia como una facultad de ejercicio obligatorio, por lo que no puede ser considerada como una norma permisiva en sentido estricto. Es por ello que Bulygin señala que “parece más promisor (*sic*) intentar una explicación en términos de reglas conceptuales o constitutivas”. Así, las normas de competencia *definen* el *concepto* de legislador y

³⁷ Searle, John R., *Speech Acts. An essay in the Philosophy of Language*, Cambridge, U. K., Cambridge University Press, 1969, p. 33, citado por Bulygin en “Sobre las ...”, *cit.*, nota 26, p. 492.

³⁸ En este mismo artículo Bulygin sostiene que las normas de competencia no son semejantes a las normas de conducta, sino criterios conceptuales, apoyándose en la distinción entre proposiciones analíticas y sintéticas. Bulygin, “Sobre las ...”, *cit.*, nota 26, pp. 495-497. Además señala Bulygin en *Definiciones y normas* que las normas deben ser sintéticas aun cuando no sean descriptivas pues su función es regular conductas, *op. cit.*, nota 25, p. 459.

³⁹ Bulygin, “Sobre las ...”, *cit.*, nota 26, p. 492.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 494.

⁴¹ *Ibidem*, p. 489.

“hacen posible la actividad de legislar”.⁴² Pero agrega que además de este tipo de normas, puede haber normas de conducta que regulen actividades de la autoridad competente que no son necesariamente definitorias de su cualidad de funcionario (permisos, derechos, inmunidades, etcétera).⁴³

Bulygin señala que “la definición consiste en indicar las características esenciales o definitorias que debe reunir un objeto para que el término definido sea aplicable”.⁴⁴ Pero las “definiciones legales”, más que definir, tienen por objeto explicitar los elementos del supuesto que son necesarios para que se pueda considerar que una acción o estado de cosas se encuentra en aptitud de ser subsumido en el supuesto de hecho de un enunciado normativo para la atribución de las consecuencias jurídicas previstas. Pues como señalaba Carrío, “las definiciones que aparecen en textos legales producen efectos normativos, y por ende, son una especie de norma”,⁴⁵ dado que una norma expresa que una conducta debe ser, ya sea de manera prohibida, permitida u obligatoria.

Desde la perspectiva de Alchourrón y Bulygin, las normas son el sentido expresado por los enunciados lingüísticos;⁴⁶ para ellos, si una “norma definitoria” *obliga* a usar una definición, entonces la definición sería distinta de la norma.⁴⁷ De tal forma, el enunciado normativo parece tener dos significados: uno implícito, que prevé una norma que establece la obligación de entender un término en el sentido previsto; y otro explícito, que establece una definición, ya sea que introduzca un término, lo aclare o precise su alcance. Estos autores señalan que en virtud de la función prescriptiva de los enunciados normativos, las definiciones lega-

⁴² *Ibidem*, pp. 496 y 497.

⁴³ *Ibidem*, p. 497.

⁴⁴ Alchourrón y Bulygin, “Definiciones y normas”, *cit.*, nota 25, p. 457.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 439.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 442.

⁴⁷ Se entiende por “definición legal”, el enunciado normativo válido que prescribe el sentido y alcance jurídico de un término para poder producir los efectos jurídicos que se prevén en el cuerpo normativo que lo prevé.

les no son meramente informativas, sino estipulativas —esto es, estipulan el significado de la expresión⁴⁸ (aunque solamente para efectos jurídicos)—. Por lo tanto, no son ni verdaderas ni falsas, a diferencia de las definiciones doctrinales, o las definiciones de los jueces, según Alchourrón y Bulygin, las cuales, sin embargo, considero que también son prescriptivas, por lo que no pueden ser verdaderas, ni calificadas como simples definiciones. Para ellos las definiciones sirven para “identificar” otras normas (al enlazar y complementar los enunciados normativos para determinar su significado), y la identificación de las normas es condición para su aplicación, por lo que el órgano aplicador debe usarlas.⁴⁹ Señalan, sin embargo, que este deber se entiende como “regla técnica”, que sirve al que quiere aplicar la norma a identificarla.

Alchourrón y Bulygin sostienen que “las definiciones legales” no son normas de conducta, ni reglas técnicas, aunque pueden dar lugar a la formulación de estas últimas y que su función radica en la identificación de normas.⁵⁰ Pero las definiciones legales no solamente producen efectos normativos cuando su modificación implica el cambio de calificación normativa de una acción o estado de cosas como señalan,⁵¹ sino principalmente por su vinculación con los supuestos que prevén los conceptos jurídicos que regulan. Por lo que las considero normas en sentido estricto, o fragmentos de normas en su caso, ya que permiten enlazar el supuesto de hecho que prevén con otras normas para producir efectos jurídicos. Pero no considero, como ellos, que la función de las definiciones legales sea servir para entender el lenguaje usado por el legislador,⁵² porque su función es producir la imputación de consecuencias jurídicas a los

⁴⁸ *Ibidem*, p. 447.

⁴⁹ *Ibidem*, pp. 448 y 449.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 453.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Ibidem*, p. 455.

actos regulados, no dar explicaciones, aun cuando dan sentido a la normas en la interpretación sistemática.

Las normas son, para Alchourrón y Bulygin, los enunciados que correlacionan un caso con una solución, es decir, una decisión jurídica.⁵³ En consecuencia, sostienen que en el derecho existen diversos tipos de enunciados, entre los cuales se encuentran algunos que a pesar de formar parte del sistema jurídico carecen de carácter normativo.⁵⁴ La apreciación de que pueden existir enunciados sin carácter normativo no es exclusiva de los autores mencionados.⁵⁵ Esta percepción se funda en el hecho de que en los sistemas jurídicos frecuentemente se encuentran enunciados que difícilmente parecen normas en sentido estricto. El análisis estructural del enunciado normativo, sin embargo, sirve para la identificación de sus elementos, pero requiere de una concepción adecuada del sistema jurídico como unidad, y que la sanción no sea concebida exclusivamente como acto coactivo, sino como consecuencia jurídica, para poder considerar que sus enunciados pueden generar derechos u obligaciones.

Alchourrón y Bulygin mencionan 3 tipos básicos de enunciados: los enunciados que prescriben un acto coactivo; los que ordenan, prohíben o facultan y permiten, pero no establecen un acto coactivo (en este grupo incluyen las normas de competencia), y los que no son enunciados normativos y no tienen efectos normativos que pueden ser de 2 clases: los que influyen en los efectos normativos de otros

⁵³ Alchourrón, Carlos y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, op. cit., nota 21, pp. 71 y ss.

⁵⁴ Su opinión se funda en el criterio de identificación del sistema que utilizan: "A normative set is a set of sentences such that among its consequences there are some sentences that correlate cases with solutions. Every normative set which contains all its consequences will accordingly be called a normative system." Op. cit., nota 21, pp. 54 y 55, 58, 69. Para ellos, las normas son los enunciados que correlacionan casos (circunstancia en que interesa saber si una acción está permitida, ordenada o prohibida por un sistema normativo) con soluciones (las respuestas que el sistema emite), *ibidem.*, pp. 37, 52, 71 y 72, 86 y ss.

⁵⁵ Atienza y Ruiz Manero, basados en la definición de norma que proponen, afirman que no todos los enunciados de un sistema son normas, *Las piezas del derecho, Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona, Ariel Derecho, 1996, pp. 54 y ss.

enunciados, como las “normas definitorias” y las derogatorias; (enunciados que, a mi parecer, son normas jurídicas que prescriben conductas que se refieren a sujetos normativos específicos y que en caso de su infracción tienen consecuencias jurídicas), y los que no tienen influencia alguna y cuya eliminación sería deseable.⁵⁶

Pero entonces, ¿qué es una norma de competencia? Al analizar las normas de competencia, Bulygin propone un ejemplo para determinar si son permisiones —lo que no me parece del todo adecuado, ya que no permite distinguir la capacidad de la competencia, ni considero que en ese caso la prohibición del ejercicio de la capacidad produzca una contradicción en el orden jurídico—.⁵⁷ En dicho ejemplo la facultad para actuar como abogado, propia del individuo en virtud de una personalidad jurídica, y la posibilidad de ejercerla, es suprimida en virtud de la adquisición del carácter de juez. La competencia que deriva del nombramiento que depende del derecho público corresponde al sujeto que ejerce el cargo en virtud de ello, pero no es una facultad que se le atribuye por su persona. En realidad este ejemplo presenta el carácter de un conflicto entre normas, entre dos reglas específicamente, en virtud de lo cual por excepción se limita la capacidad jurídica de una persona, un abogado, al adquirir la cualidad de juez para realizar ciertos actos como abogado. La incompatibilidad entre las normas produce una limitación temporal de la norma que regula las facultades de los letrados. De lo dicho se sigue que el concepto de competencia en Bulygin parece referirse más bien a una “aptitud jurídica” en sentido muy amplio, entendida como posibilidad de realizar actos calificados jurídicamente y que produzcan las consecuencias jurídicas previstas en el sistema. Esto implica que la modalidad deóntica de la facultad de actuar de un particular sería la misma que la facultad atribuida a un funcionario público como parte de su competencia.

⁵⁶ Alchourrón y Bulygin, *Introducción a la ...*, cit., nota 21, pp. 106 y 107.

⁵⁷ Bulygin, “Sobre las...”, cit., nota 26, p. 489.

Bulygin propone como criterio para diferenciar una norma de competencia (definitoria o constitutiva) de una norma de conducta: la posibilidad de que un poder jurídico (facultad o capacidad) subsista a pesar de la prohibición de ejercerla, como sería el caso de la norma de competencia, mientras que si la facultad desaparece tras la prohibición, su carácter era el de una norma permisiva.⁵⁸ Este criterio solamente parecer ser útil, si en el concepto de competencia se incluye a la capacidad jurídica (s.s.), pues se confunden la capacidad y la competencia. En este ejemplo, la capacidad se ve modificada y parcialmente suspendida de manera excepcional y temporalmente, por la adquisición de la competencia.⁵⁹ Es preciso, por lo tanto, distinguir la capacidad de la competencia, esto es, las facultades de los individuos para realizar actos jurídicos y que se produzcan consecuencias jurídicas, de las atribuciones de la autoridad que los faculta para realizar actos normativos o de ejecución.

No obstante lo señalado, el propio Bulygin cuestiona la posibilidad de considerar a las normas de competencia como definiciones en la Introducción a *Análisis lógico y derecho*,⁶⁰ al señalar que:

La idea de que las llamadas normas de competencia no puedan reducirse a normas de conducta por contener un ingrediente definitorio parece sana, pero no es muy claro si tales normas pueden reducirse a meras definiciones. Las normas permiten considerar un hecho o un acto como jurídicos y lograr la atribución de las consecuencias jurídicas en virtud de la imputación, en esa medida se pueden considerar “calificatorias”, lo cual puede llevar a considerar a las normas jurídicas como definitorias o conceptuales.

Pero su función no se limita a calificar una situación jurídica cuando atribuye facultades, y aun si fuese así, enlazan

⁵⁸ *Ibidem*, p. 497.

⁵⁹ En realidad, aun así, no estoy segura de la utilidad de este criterio.

⁶⁰ Esta Introducción es publicada en 1991, tan sólo tres años después de la aparición del artículo citado de Eugenio Bulygin sobre las normas de competencia.

enunciados normativos de tal forma que una norma pueda producir efectos jurídicos.

Finalmente, vale la pena señalar que la distinción entre nulidad y sanción en términos de Bulygin no sirve como criterio suficiente para considerar que las normas de competencia son definitorias, sobre todo porque la validez no es parte de la norma, sino una cualidad que las normas deben poseer si pretenden producir efectos jurídicos. Las definiciones explican, no producen consecuencias, ni siquiera las mal llamadas “definiciones legales”, sobre todo porque para ello dependen del supuesto de una norma que se enlaza con los enunciados normativos que prevén el término en cuestión. Por lo que, según Kelsen, podrían ser consideradas como normas secundarias o no independientes, o como Bulygin prefiere considerarlas, como partes o fragmentos de una norma.⁶¹

3. *La tesis de von Wright*

Von Wright sostiene que las normas de competencia son normas de conducta de carácter permisivo, pero las califica como normas de segundo orden puesto que su contenido es un acto normativo (sea de emisión o eliminación de una norma), esto es, normas cuyo sujeto normativo es una autoridad normativa de orden inferior. Pertenecen, entonces, a un orden superior y los actos normativos pueden estar calificados deónticamente como obligatorios, prohibidos o permitidos. Las normas de competencia son para él permisivos de orden superior que se emiten para que una autoridad específica pueda dar normas de un determinado contenido. Según von Wright, la “competencia normativa” se refiere al poder que deriva de una norma para actuar como autoridad normativa. Este autor considera que las normas de competencia pueden actuar junto con otras normas de obligación y combinarse con ellas. En dichos casos la auto-

⁶¹ Bulygin, “Sobre las normas de competencia”, *cit.* nota 26, p. 488.

ridad no está facultada para decidir si ha de emitir la norma, sino solamente para determinar su contenido.⁶²

Siguiendo a von Wright es posible distinguir entre dos especies de permiso,⁶³ si se considera que un acto está permitido simplemente por el hecho de que no esté prohibido, se puede hablar de un permiso débil. El permiso fuerte, en cambio, procede de una prescripción positiva, por lo que está sometido a una norma y no está prohibido. Esto presupone que la autoridad ha considerado su *status* normativo y decide permitirlo. La diferencia radica en que el permiso débil no está prohibido, pero no se encuentra sometido a una norma, por lo que no constituye un carácter independiente de las normas. En consecuencia, es su opinión que no es una norma o prescripción en sentido estricto.

Para von Wright es posible distinguir al menos dos tipos de permiso fuerte: el acto es permitido, por lo que a la autoridad no le interesa si el sujeto lo realiza o no ($Pp \wedge P \neg p$). La calificación del *status* normativo se puede entender en su opinión como tolerancia, aun si se trata de un permiso fuerte.⁶⁴ O bien como el acto que se encuentra permitido y se combina con una prohibición de obstaculizar o impedir al titular del permiso de hacer dicha cosa (este es el sentido por ejemplo de las libertades y derechos fundamentales, $df Pp = Pp \wedge F \neg Pp$). En dicho caso, el sujeto normativo tiene un derecho frente a los sujetos de la prohibición.

La noción más fuerte de permiso en von Wright implica hacer un acto posible, esto lo llama *habilitar* a alguien para algo. Si un permiso de hacer alguna cosa se combina con un mandato de habilitar al titular del permiso de la cosa permitida, entonces según von Wright el sujeto de la norma permisiva tiene una *acción* frente a los sujetos del man-

⁶² *Norma y acción, cit.*, nota 3, pp. 195 y ss. A esta misma conclusión llegan Alchourrón y Bulygin en *Introducción a la ..., ...*, *cit.*, nota 21.

⁶³ Para Opalek y Wolenski, esta distinción como la presentan a su vez Alchourrón y Bulygin es superficial y puede producir complicaciones. J., "On weak and strong permissions once more" en *Rechtstheorie*, Alemania, núm. 17, 1986, p. 83.

⁶⁴ Von Wright, *cit.*, nota 3, pp. 103-107.

dato de habilitar.⁶⁵ Se trata de una norma de permisión que se vincula a otra que obliga a un tercero (puede ser un particular o una autoridad) hacer posible la realización de la acción. Este tipo de permiso no presenta una modalidad deóntica compleja, pues se trata de la conjunción de dos normas distintas, lo que se puede decir que haría del permiso fuerte, un permiso “reforzado”.

La teoría de las normas o lógica deóntica de G. H. von Wright en *Norma y acción* es esencialmente una teoría de los núcleos normativos, esto es, del carácter, el contenido y la condición de aplicación que son los elementos que lo integran. En su opinión el núcleo normativo es una parte de la estructura lógica que las prescripciones tienen en común con otros tipos de normas.⁶⁶ En relación con el análisis de las normas jurídicas, von Wright, refiriéndose a las normas que son prescripciones, distingue seis componentes: el carácter, el contenido, la condición de aplicación, la autoridad, el sujeto y la ocasión. Los últimos tres son característicos de las normas jurídicas, según von Wright. Además, señala otros dos elementos propios de las normas jurídicas que, sin embargo, no son componentes de las prescripciones en sentido estricto, que son la promulgación y la sanción.⁶⁷

En su opinión, la teoría de los núcleos normativos es inadecuada para analizar normas de orden superior, tales como las normas de competencia. Considero útil, sin embargo, el análisis de los elementos de la norma jurídica, aun cuando solamente sean evaluados de manera indicativa a partir de la propuesta de von Wright. Sobre todo porque para la determinación de la naturaleza de las normas de competencia es relevante identificar al sujeto normativo y la autoridad, así como averiguar si tienen un contenido específico.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 104.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 87.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 88.

En función del carácter de la norma, von Wright clasifica a las prescripciones de la siguiente manera: “Si una prescripción se da para que algo deba ser hecho, a menudo la llamamos mandamiento u orden. Si se da para que algo pueda ser hecho, la llamamos permiso. Si, finalmente se da para que algo deba ser hecho, le llamamos prohibición”.⁶⁸ El “carácter” de la norma depende de si la norma se emite para que algo deba o pueda o tenga que ser o no ser realizado.

Para representar el carácter de “deber” de las normas introduce el símbolo O, y para el carácter de “poder” utiliza el símbolo P. Las normas con carácter de “deber” pueden también ser llamadas “normas obligación” y la normas con carácter de “poder”, “normas permisivas”. Es por ello que puede hablar del “carácter -O” o del “carácter -P” de las normas, así como de “normas -O” y “normas -P”.⁶⁹ Con lo cual parece ofrecer solamente dos opciones para las normas de competencia, pues o bien son obligatorias o son permisivas. De tal forma, las normas de competencia solamente pueden ser o normas que establecen un deber, ya sea una obligación o prohibición, o bien permisivas, puesto que von Wright no considera otra opción ni modalidades complejas. Dicho autor opta por el carácter permisivo aun en los casos en que las normas de competencia sean de ejercicio debido.

Con el “contenido” de una norma se refiere aquello que debe o puede o tiene que hacerse o no hacerse; las normas positivas refieren actos y las negativas, abstenciones. En consecuencia, el contenido de una prescripción es en particular la acción prescrita, ya sea mandada, permitida o prohibida.⁷⁰ Von Wright señala que el contenido de una norma puede ser mixto, esto es, regular actos y abstenciones, un compuesto que se podría llamar mandato-prohibi-

⁶⁸ *Idem.*

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ *Idem.*

ción.⁷¹ En el caso de las normas de competencia el contenido es un acto normativo, ya sea para emitir o modificar una norma, o para eliminarla parcial o totalmente.

El concepto de “condición” de aplicación en *Norma y acción*, se refiere a las condiciones de ejecución de los actos, o en palabras de von Wright, a “aquella condición que tiene que darse para que exista oportunidad de hacer aquello que es el contenido de una norma dada”.⁷² Con ello se refiere a las condiciones de ejecución de los actos elementales correspondientes. Von Wright distingue a las normas en categóricas e hipotéticas, en el caso de las primeras la condición se encuentra en el propio supuesto de la norma, esto es, está dada por el contenido de la norma y no se requiere ninguna otra condición. En el caso de las segundas se prevé una condición adicional, normalmente en su formulación.⁷³ En las normas de competencia, ésta es tácita: ejercer la competencia en casos oportunos o necesarios (si se presenta un caso al tribunal debe el juez emitir una resolución, por ejemplo). Por lo que se puede considerar que la condición de aplicación de las normas de competencia es hipotética y puede estar prevista en otra norma, ya que requiere la pertenencia al sistema jurídico de una norma superior que atribuye la competencia, pero además es la situación que debe presentarse como oportunidad para emitir o aplicar una norma o abstenerse de hacerlo. Así corresponde evaluar si la competencia debe ser ejercida cada vez que se presenta la condición de aplicación de la norma que regula un acto normativo, o si la autoridad puede optar libremente entre emitirlo o no.

En el caso de las normas de competencia resulta relevante revisar los otros tres elementos que no forman parte del núcleo normativo, puesto que constituyen características específicas de las normas jurídicas. Por “autoridad” de una

⁷¹ Cabría preguntarse si no implica una contradicción ordenar la realización y la omisión de la misma conducta, a menos que se regulara en sentido permisivo.

⁷² Von Wright, *op. cit.*, nota 3, p. 90.

⁷³ *Ibidem*, p. 91.

prescripción, von Wright entiende al agente que emite la prescripción. La autoridad ordena, permite o prohíbe a determinados sujetos hacer determinadas cosas en determinadas ocasiones. Se refiere a la “autoridad normativa” competente para atribuir o delegar competencia, ya sea de manera total o parcial. Este tipo de normas solamente pueden ser emitidas por cierto tipo de sujetos, definidos por su propia competencia como autoridad en sentido estricto.

Por último, el “sujeto” de una prescripción es el agente a quien se dirige, a quien se puede considerar como el sujeto normativo. La autoridad obliga, permite o prohíbe a los sujetos hacer o abstenerse de la realización de ciertas acciones.⁷⁴ En el caso de las normas de competencia, el sujeto siempre es un agente con carácter de autoridad, investido de una función que le permita crear o modificar normas jurídicas.⁷⁵

La “ocasión” se refiere a esa parte del enunciado normativo en que se establece el lugar y tiempo en que la conducta prescrita debe realizarse. De conformidad con la clasificación hecha por von Wright, las normas que se refieren a una ocasión específica son consideradas como particulares con relación a la ocasión, al igual que aquellas que sean para un número finito de ocasiones. Si las normas de competencia son entendidas como normas de conducta entonces son generales, puesto que parecen ser emitidas para un número ilimitado de ocasiones.

La “promulgación” está relacionada con el acto de creación de las normas jurídicas, denominada por von Wright como *acción normativa*, y se refiere al acto de emisión de una prescripción.⁷⁶ Según von Wright, la “formulación” son las palabras usadas al enunciar la norma, por lo que señala que las prescripciones dependen del lenguaje. En consecuencia, la promulgación puede ser entendida como la for-

⁷⁴ *Ibidem*, p. 93.

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 93-95.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 131 y 139.

CARLA HUERTA O.

mulación lingüística de una norma prescriptiva.⁷⁷ La promulgación permite a los sujetos normativos conocer la norma, pero no es condición suficiente —según él— para completar la acción normativa.⁷⁸ Es por ello que la autoridad, al promulgar una norma, le añade la sanción para dar efectividad a su voluntad.⁷⁹ La definición de “sanción” es de carácter punitivo para von Wright, ya que la concibe como “amenaza de castigo, explícito o implícito, por desobediencia de la norma”. Para él, la función de la sanción es motivar la obediencia.⁸⁰

III. SOBRE EL CARÁCTER DEÓNTICO DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA

Si las normas de competencia constituyen un permiso o una obligación es una pregunta a la que el debate sobre las normas de competencia no ha podido dar una respuesta genéricamente aceptada. Por otra parte, la discusión sobre la estructura lógica de las normas ha conducido a un más severo cuestionamiento sobre la relevancia práctica de la lógica deóntica. De manera que aún queda por descubrir si la noción de *atribución, poder o facultad* constituye una modalidad deóntica especial y autónoma, que de ser así debe ser distinguida de las modalidades de *obligación y permisión*, o si en cambio se trata tan sólo de una o de la otra, o tal vez, de una conjunción funcional.

Se puede decir que las normas de competencia son, en general, enunciados de deber ser (*Sollsätze*) que establecen que una conducta es obligatoria o permitida, o tal vez ambas. Para resolver esa cuestión, las normas deben ser analizadas lógicamente, y las modalidades deónticas diferenciadas para poder identificar el carácter de las normas de competencia. Para el análisis y determinación de la cuali-

⁷⁷ *Ibidem*, 109 y 110.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 139.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 27.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 139.

dad de norma son considerados los siguientes operadores, los cuales considero como autónomos: el operador de obligación –O, el operador de prohibición –F, y el operador de permisión –P. La determinación del carácter deóntico de las normas de competencia es un prerequisite del análisis de su naturaleza. En mi opinión, los enunciados normativos sobre la competencia requieren de consideraciones especiales, ya que no parecen responder a una sola modalidad autónoma, sino que se integran por una compleja.⁸¹

En *Introducción...* Alchourrón y Bulygin señalan que un enunciado deóntico o de deber, es “toda expresión formada por un operador (carácter deóntico), seguida por un contenido deóntico y también a todo compuesto proposicional de tales expresiones”. Ellos consideran cuatro operadores modales deónticos: P (permitido), O (obligatorio), Ph (prohibido) y F (facultativo). Este último se refiere al caso en que la realización de una conducta y su omisión están permitidas ($Pp \wedge P\neg p$), por lo que la permisión, en su carácter de operador primitivo, no prevé la posibilidad de la omisión de la acción ($Pp =_{df} Pp \wedge \neg P\neg p$). El término “facultativo” utilizado por estos autores para este carácter normativo o deóntico, no se refiere a una potestad, sino a la permisión indiferente de von Wright, en virtud de las posibles interpretaciones de la permisión.⁸² La conjunción de la permisión de una acción (Pp) y de su omisión ($P\neg p$) es la posición libre o facultativa que permite las alternativas de realizar o no la conducta a elección del sujeto normativo, y que ha sido simbolizada como Lp por Alexy.⁸³ Esta es la permisión en sentido de libertad: $Lp =_{df} Pp \wedge P\neg p$, la cual es equivalente a la permisión explícita (**PA**) de Holländer como se menciona a continuación.

⁸¹ Como hace Sieckmann, por ejemplo. En *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1990.

⁸² *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, cit., nota 21, pp. 36 y 74.

⁸³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 185.

En relación con los diversos tipos de permisión, Holländer sugiere que existen 3 tipos básicos de permisión:⁸⁴ 1. La implícita (**PG**), que se deduce de una obligación y se puede expresar como “debo, entonces puedo” (de modo que su ejercicio es obligatorio); 2. La explícita (**PA**),⁸⁵ que significa que en los casos en que una determinada conducta (p) esté permitida, entonces también la negación de dicha conducta ($\neg p$) está permitida (por lo que su ejercicio es potestativo), y 3. La indiferente (**PI**) que se infiere de la ausencia de regulación. Por lo tanto, una conducta y su negación están permitidas cuando no han sido reguladas (en consecuencia su ejercicio no es jurídicamente relevante).

Como se puede observar la permisión puede ser entendida de distintas formas,⁸⁶ no obstante, la permisión indiferente (**PI**) no puede ser considerada como jurídica ya que no está prevista en una norma. Es por ello que en ocasiones se habla de una “permisión débil”,⁸⁷ la cual deriva de una ausencia de prohibición. La permisión implícita (**PG**), al estar asociada con una conducta obligatoria, no solamente debe sino que tiene que poder ser realizada. Este “poder” no se refiere solamente a una cuestión de orden fáctico, de posi-

⁸⁴ Holländer, *Rechtsnorm, Logik und Wahrheitswerte*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, pp. 87-88; y en Holländer y Knapp, “Zur Problematik des deontischen Quadrats in der deontischen Logik”, *ARSP*, vol. 77, Stuttgart, 1991, t. 3, pp. 402 y 403. Weinberger hace una definición similar de los tipos de permisión en *Norm und Institution*, Viena, Mansche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1988, p. 68.

⁸⁵ Es equivalente a la permisión designada como L_p por Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., nota 83, p. 200. Weinberger denomina “indiferencia” al caso en que esté permitido realizar y no realizar una conducta. Él utiliza la letra “P” para simbolizar el permiso y define la indiferencia como: $Ip \rightarrow Pp \wedge P\neg p$, en *Norm und Institution*, cit., nota 84, 1988, p. 62.

⁸⁶ Para Weinberger existen también diversos conceptos de permiso; su propuesta coincide con la de Holländer a pesar de utilizar una simbología diferente. Cf. *ibidem*, p. 68.

⁸⁷ Alchourrón y Bulygin realizan un análisis extenso sobre el significado de la permisión y sus implicaciones en las relaciones entre normas y revisan las posiciones de von Wright y Weinberger respecto de las permisiones débiles y fuertes, en “Permission and Permissive Norms”, *Theorie der Normen, Festgabe für Ota Weinberger zum 65. Geburtstag*, en Krawietz, W. et al (eds.), Berlin, Duncker und Humblot, 1984, pp. 349-371.

bilidad lógica, sino a que la conducta “debe poder” realizarse efectivamente, por lo que no debe ser impedida su realización ni sus consecuencias. Esto significa, por una parte, que la conducta obligada no debe ser prohibida, y por la otra, que no existe una libertad para decidir sobre la realización de la conducta. En cambio, la permisión explícita (**PA**) se encuentra expresamente prevista en una norma; y por ello algunos autores la denominan “permisión fuerte”. Un permiso de este tipo establece la posibilidad de realizar o no la conducta prescrita, ya que subsiste la libertad de utilizar el permiso (o no hacerlo) a elección del individuo.

Tomando en cuenta estas tres opciones, si se pretende considerar a las normas de competencia como permiso, la regulación de una permisión tiene normalmente el significado de **PA**, porque de ninguna forma puede inferirse de su ausencia de regulación, como en **PI**. Afirmar que las normas de competencia son normas permisivas (s.s.) implica sostener que su ejercicio es esencialmente optativo. Sin embargo, el ejercicio de una competencia no es potestativo, es más, puede estar vinculado con una obligación. De modo que si se interpretan como **PG** derivan de la obligación de ejercer la competencia, por lo que su ejercicio sería obligatorio, pero la competencia solamente se ejercita al presentarse las circunstancias respectivas, es condicional. En consecuencia, ninguno de estos tipos de permiso permite explicar de manera satisfactoria las normas de competencia, porque como facultad puede vincularse o derivarse de la obligación de su ejercicio, pero no siempre es obligatorio el ejercicio, ya que depende de ciertas condiciones.

En el otro extremo se encuentra Kelsen, para quien facultar implica ordenar, por lo que la competencia entendida en sentido estricto, no puede ser concebida como un permiso; y aun cuando en su opinión constituyen funciones distintas de la norma, facultar puede implicar obligar.⁸⁸ Ross, a su vez considera que las normas de competencia son lógicamente reducibles a normas de conducta puesto que hacen

⁸⁸ Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, cit., nota 1, p. 83.

obligatorio actuar de conformidad con normas de conducta que han sido creadas conforme al procedimiento previsto en ellas.⁸⁹

El problema de la concepción de las normas de competencia como una modalidad compleja que se integra por una obligación y una permisión, se manifiesta en el hecho de que estas modalidades no siempre son compatibles. Su compatibilidad depende no solamente de la interpretación de la permisión, sino también del rango de la norma en un sistema organizado jerárquicamente. De modo que debe determinarse primero la naturaleza y cualidad de las normas de competencia, antes de poder determinar su carácter.

IV. CONCLUSIONES

En el sistema jurídico coexisten distintos tipos de normas, entre las cuales las normas de competencia juegan un rol primordial en la identificación y fundamentación del mismo. Considero que las normas de competencia constituyen un tipo especial de normas jurídicas, que no solamente regulan el sistema jurídico, sino también un tipo determinado de conducta que debe ser realizado. Como consecuencia de su importancia, las normas de competencia deben ser reguladas de manera clara y precisa, no solamente por lo que a su ejercicio se refiere, sino también respecto a sus consecuencias.

Si se conciben a las normas de competencia como normas permisivas, son entonces reglas de conducta distintas de la norma que obliga a un juez a juzgar. En consecuencia, esta obligación opera de manera conjunta con la norma de competencia que faculta al juez de la siguiente manera: $Op \wedge Pp$, o a la inversa dado que la competencia debe preexistir para poder cumplir con el deber de juzgar, así: $Pp \wedge Op$. Aunque parece más bien, que se establece una relación de consecuencia como sigue: $Pp \rightarrow Op$. En estos ca-

⁸⁹ Ross, *Directives and Norms*, cit., nota 7, p. 118.

sería interesante realizar el análisis lógico de las consecuencias de cada una de estas interpretaciones. Sobre todo porque la inversa, independientemente de las cuestiones relativas al teorema de lógica deóntica (si una conducta es obligatoria debe estar permitida), no es válida, $Op \rightarrow Pp$, pues haría innecesaria la norma facultativa y, por ende, afirmaría el carácter obligatorio de las normas de competencia.

En estos casos se puede decir que una norma categórica, en el sentido de von Wright, se transforma en una norma hipotética, porque se suma otra condición de aplicación. También se pueden entender como dos normas jurídicas que operan de manera conjunta. Pero, ¿qué ocurre entonces en los casos en que no existe una obligación de ejercer la competencia? Si el carácter de las normas de competencia es la permisión, entonces su ejercicio se deja al arbitrio del funcionario público aun cuando el supuesto se produzca. ¿De dónde derivaría entonces la responsabilidad, la facultad de sanción o la posibilidad de exigir su realización?

Parece que la modalidad deóntica de las normas de competencia no es autónoma, estas normas operan de conformidad con lo previsto al respecto por otras normas del sistema jurídico, por lo que en esa medida constituyen normas dependientes de otras, o prevén modalidades complejas. Las normas de competencia no son simplemente permisos ni obligaciones, pues operan mediante la conjunción de ambos caracteres.

Si en el sistema jurídico existe una norma de competencia para emitir una norma jurídica o realizar un acto, y se da la ocasión, la competencia debe ser ejercida, por lo que no puede ser considerada una permisión en el sentido de Lp , sino como una modalidad compleja que se integra por la facultad de actuar ($Pp \wedge \neg P\neg p$) y el deber de ejercer la competencia, lo cual le confiere un carácter predominantemente obligatorio.

SOBRE LA JUSTIFICACIÓN RACIONAL
DE LAS NORMAS: CONSIDERACIONES A PARTIR
DE LAS IDEAS DE SERGIO COTTA

Carlos I. MASSINI CORREAS¹

Resumen:

El presente artículo desarrolla el problema de la justificación racional del derecho en general y de las normas jurídicas en particular, ante las corrientes de pensamiento denominadas posmodernas que niegan la posibilidad y validez de tales intentos. El trabajo ofrece una reseña acerca de la justificación racional de las normas a partir de la novedosa doctrina de Sergio Cotta, quien es uno de los autores que ha abordado el tema con mayor extensión y consistencia. A lo largo del artículo, el autor intenta mostrar de qué manera la elección de una norma está fundada, explica las nociones centrales de la doctrina de Cotta, identifica sus aciertos, sus debilidades, su conexión con la teoría del conocimiento práctico y concluye con algunas observaciones al modelo de justificación propuesto.

Palabras clave:

Justificación racional de las normas, juicios de valor, proposiciones normativas, discurso ético.

¹ Universidad de Mendoza, Argentina.

CARLOS I. MASSINI CORREAS

Abstract:

This paper presents the problem of rational justification of law in general and legal norms in particular, facing the so-called postmodern trends that deny the possibility and validity of these attempts. The article provides a summary of rational justification of norms based on Sergio Cotta's innovative approach, who is arguably one of the authors that has dealt to the topic with more prominence and consistency. Thus, the goal of this article is to point out how the election of a norm can be justified, and to explain the main notions of Cotta's approach, in order to assess his accuracy and weakness, and his connection to practical knowledge theory. The article concludes with some remarks on Cotta's justification model.

Keywords:

Norm's Rational Justification, Value Judgments, Normative Propositions, Ethical Discourse.

LA JUSTIFICACIÓN RACIONAL DE LAS NORMAS

SUMARIO: I. *Posmodernidad y justificación*. II. *Cotta y el planteo de la cuestión*. III. *La respuesta de Cotta*. IV. *Reflexiones valorativas: Cotta y la justificación de las normas*. V. *Excurso: la teoría del conocimiento práctico*. VI. *Debilidades de la justificación analizada*. VII. *Consideraciones conclusivas*.

I. POSMODERNIDAD Y JUSTIFICACIÓN

En su emblemático libro *Nihilismo y emancipación*, Gianni Vattimo, reconoce lisa y llanamente, y refiriéndose específicamente al derecho, que “los constituyentes y legisladores, al aclarar las intenciones que los llevan a establecer un cierto principio o una determinada ley, se remontan siempre, ellos también, a un «ya» que, en el límite, puede ser el mismo derecho (considerado) natural”; agregando luego que

la constante presencia de la idea de derecho natural en la tradición jurídica y filosófica es un claro indicio del hecho de que toda legitimidad necesita un precedente, es más, se reduce a encontrar un precedente —ciertamente un precedente con autoridad, la cual consiste a su vez, sin embargo, en derivar de un precedente ulterior, también con autoridad, etcétera—.²

Pero pocas páginas más adelante, y expresando ahora sus propias convicciones, sostiene que

...hay que tomar en consideración el significado nihilista de la metafísica en todo su alcance. Ello puede darse de diferentes maneras. El pensamiento que se percata de la insuperable falta de fundamentación que marca últimamente al derecho, haciendo inútil todo esfuerzo por legitimarlo como “justo”, puede decidir que su tarea es la de desvelar esta situación desenmascarando la impostura de toda pretensión fundamentadora.³

² Vattimo, G., *Nihilismo y emancipación. Ética, política, derecho*, trad. de C. Revilla, Barcelona, Paidós, 2004, p. 157.

³ *Ibidem*, p. 161.

Esta negativa radical de la posibilidad —y validez— de los intentos filosóficos de fundamentación racional del derecho, son una constante en las corrientes de pensamiento denominadas *posmodernas*,⁴ que hacen del nihilismo⁵ una profesión de fe filosófica. Ahora bien, esta concepción de la razón como incapaz de justificar racionalmente sus afirmaciones de carácter normativo, así como de toda verdad que no se reduzca a mera emancipación —“es verdad sólo lo que os libera”,⁶ afirma Vattimo— es claro que priva al derecho de su misma existencia, ya que, como lo ha mostrado una vez más Robert Alexy, el derecho consiste en su obligatoriedad y fuera de ella pierde todo sentido y consistencia. Refiriéndose específicamente a los derechos humanos, este último autor sostiene que “un derecho vale éticamente si puede ser fundamentado frente a cada uno que participe en una justificación racional. La validez de los derechos humanos es su existencia. La existencia de los derechos humanos consiste por ende —concluye— en su fundamentabilidad y en nada más”.⁷

Dicho en otras palabras, privado de toda justificación racional de su obligatoriedad —que no puede ser sino ética—⁸ el derecho, sea el normativo, el subjetivo o el conductual,⁹ deja de ser tal para reducirse a una mera expresión de deseos, a un nudo acto de voluntad o a una simple expresión emotiva, privadas de todo carácter vinculante y

⁴ En este punto, véase Massini Correas, C. I., “La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno”, *Doxa*, Alicante, núm. 21-II, 1998, pp. 289-303.

⁵ Sobre el concepto de *nihilismo* y sus versiones, véase Volpi, F., *El nihilismo*, trad. De C. del Rosso & A. Vigo, Buenos Aires, Biblos, 2005. Véase también Reale, G., *Saggezza Antica*, Milán, R. Cortina Editore, 1995 y Possenti, V., *Nichilismo e Metafisica*, Roma, Armando Editore, 2004.

⁶ Vattimo, G., *op.cit.*, p. 10.

⁷ Alexy, R., “Menschenrechte ohne Metaphysik?”, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, núm. 52, 2004, p. 16.

⁸ Véase: Finnis, J., *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1984, pp. 297 y ss. En este punto, véase Pereira, C., *La autoridad del derecho. Análisis crítico de la posición de J. M. Finnis*, La Coruña, *pro manuscripto*, 2007, pp. 272 y ss.

⁹ Acerca del carácter analógico del concepto de derecho, véase Massini Correas, C. I., *Filosofía del derecho – I – El derecho, los derechos humanos y el derecho natural*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, pp. 31 y ss.

directivo de la vida humana jurídica. Expresado aún más brevemente: un derecho sin obligatoriedad no es derecho y una obligatoriedad injustificada, deja lisa y llanamente de serlo, para transformarse en una entidad de una índole o clase diferente.

Resulta, por lo tanto, indispensable encarar el problema de la justificación racional del derecho, en especial de las normas jurídicas, a los fines de dar cuenta de la existencia misma del derecho en cuanto constitutivo-directivo de toda una dimensión de la vida humana. Uno de los autores que abordó esa tarea con más extensión y consistencia fue el recientemente desaparecido Sergio Cotta, quien dedicó todo un libro —*Giustificazione e obligatorietà delle norme*—¹⁰ al desarrollo de una doctrina de la justificación racional de las normas, doctrina que reiteró luego en otros trabajos y con respecto a otras dimensiones de la realidad jurídica.¹¹ En las páginas que siguen, se efectuará una reseña de sus ideas en este punto, para concluir luego con algunas breves consideraciones valorativas.

II. COTTA Y EL PLANTEO DE LA CUESTIÓN

Cotta ha sintetizado su teoría acerca de la justificación racional de las normas en un trabajo publicado en francés con el título “*Le problème de la justification scientifique des normes*”,¹² al que se seguirá principalmente en lo que sigue, en razón de las exigencias de brevedad que han sido impuestas a este trabajo. El profesor italiano comienza —no podía ser de otra manera— por estudiar la cuestión de la

¹⁰ Cotta, S., *Giustificazione e obligatorietà delle norme*, Milán, Giuffrè Editore, 1981.

¹¹ Respecto de la problemática de los derechos humanos y su justificación racional, véase Cotta, S., “Le problème du fondement des droits de l’homme”, *Memoria del X Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, Curiel, J. L. (comp.), México, UNAM, 1982, t. VI, pp. 39-50.

¹² Cotta, S., “Le problème de la justification scientifique des normes” (en adelante *PJ*), *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. LVI-1, Milán, 1979, pp. 5-20.

necesidad misma de una justificación *científica, i.e., racional*, de las normas, cuyo primer paso consiste en verificar la insuficiencia de la mera promulgación o enunciación para que ellas adquieran obligatoriedad y resulten efectivas. Esta insuficiencia, sostiene Cotta, se da ante todo en el plano de los hechos, ya que “para eliminar por la fuerza toda transgresión sería necesario ejercerla continuamente sobre cada destinatario de la norma, lo que es prácticamente imposible”.¹³

Pero no sólo desde el punto de vista empírico es insuficiente la mera promulgación, sino también desde una perspectiva teórica; en efecto, para Cotta, las normas son la condición trascendental de la trasgresión, que no existe en sentido propio sin la existencia de las normas, las cuales son su condición de posibilidad. De este modo,

...si la trasgresión es posible —escribe Cotta— tanto por razones de orden fáctico como de orden teórico, es evidente que la enunciación de las normas no es suficiente para negarla o impedirla. Es por lo tanto indispensable indicar las razones por las cuales se ha elegido, de entre las alternativas de acciones posibles, aquella que *debe* ser; es decir, que es necesario justificar la norma mostrando que esta elección no es arbitraria, sino que está fundada de un modo u otro.¹⁴

Esta justificación consiste —según este autor— en el procedimiento intelectual por el cual se intenta dar razón, a través de argumentos verificables o falsables, de la imposibilidad de negar la obligatoriedad de una proposición prescriptiva o prohibitiva.

Luego de esta argumentación, Cotta se hace cargo de la objeción levantada por las teorías críticas contra la necesidad y posibilidad de una justificación racional de las normas. Según estas teorías, la transgresión existe en virtud de la norma; es por lo tanto una posibilidad idéntica a la posibilidad imperada por la norma, con lo que se plantea

¹³ *PJ*, p. 6.

¹⁴ *PJ*, p. 8.

la alternativa, que es percibida por estas teorías como superadora, de permitir la realización de todas las posibilidades, aboliendo todas las normas, que no son percibidas sino como una limitación antinatural y puramente represiva del libre desenvolvimiento de las posibilidades; no habría por lo tanto ninguna necesidad de justificar las normas: sólo habría que abolirlas.¹⁵

Para Cotta, por el contrario, “el rechazo total de la normatividad implica la reducción integral del deber ser al ser, y consecuentemente supone la supresión del discurso ético en sí mismo”. Este rechazo frontal de la ética hace por lo tanto necesario responder a la pregunta radical: “¿por qué la ética y no su ausencia?”. Para responderla, sostiene Cotta que es necesario sobrepasar el estricto dominio del deber ser y considerar su relación con el dominio del ser:

Nos aparece entonces —escribe este autor— que la exigencia del deber ser (...) deriva y se impone del hecho de que el existente (*l'étant*) (el *human being*, el *Seiende*) no es solitario ni autosuficiente, no es un simple existente sino un co-existente. El ser de nuestro ser-aquí (*das Sein des Dasein*), para expresarse en términos heideggerianos, es un co-ser (...). El discurso ético tiene un sentido sólo al interior de un horizonte ontológico delimitado por la insuficiencia-indigencia del existente y por su co-existencialidad. Tal es el fundamento de la necesidad del deber ser (de la normatividad moral y jurídica) y, más en general, del discurso ético (...), que como consecuencia son exigidos por la co-existencialidad y tienen a la co-existencia como finalidad.¹⁶

III. LA PROPUESTA DE COTTA

Una vez establecida la necesidad de una justificación de las normas, Cotta comienza el desarrollo de su propio intento de justificación, el que comienza por la afirmación de que toda justificación deberá mostrar: (i) que el acto norma-

¹⁵ Véase *PJ*, p. 9.

¹⁶ *PJ*, pp. 9 y 0.

do es *posible*, cosa que considera indiscutible y que es innecesario desarrollar, y (ii) que el acto posible prohibido es *desaprobable* y que el acto posible prescrito es *aprobable*. Pero tanto la aprobación como la desaprobación reenvían a valores, que es necesario justificar a su vez.¹⁷ Ahora bien, existen varios intentos de alcanzar esta justificación, tanto en el nivel cotidiano y pre-científico, como en el propiamente científico-argumentativo. En el primero de estos niveles, las principales propuestas de justificación son dos: por la *autoridad* que promulga la norma y por la *ideología* que la inspira. Ambas son recusadas por Cotta en razón de que *presuponen* tanto la autoridad de quien promulga las normas, cuanto el valor de la ideología que las inspira, y “no proveen de argumentos capaces de probar *directa y objetivamente* el fundamento suficiente de la prescripción normativa, es decir, las razones por las cuales un comportamiento posible ha de ser preferido a otros para ser elevado al rango de comportamiento que debe ser”.¹⁸

En cuanto a los ensayos de justificación *científica* de las normas, Cotta afirma que ellos deberán cumplir ciertas condiciones inexcusables para ser tales: (i) sobrepasar el nivel de la mera verificación de su eficacia; (ii) ser universales, y (iii) no reenviar a presupuestos, principios o sistemas que no estén a su vez justificados.¹⁹ Estas condiciones permiten mostrar la insuficiencia de varios de los ensayos contemporáneos de justificación de las normas, en especial la de la *Reine Rechtslehre* de Hans Kelsen, que las justifica a partir de una *Grundnorm* sólo presupuesta pero nunca justificada en sí misma. Y en lo que respecta a la teoría propuesta por la escuela escandinava, Cotta sostiene que, para esa escuela, “la única explicación científica del carácter obligatorio de un sistema normativo consiste en la constatación empírica del hábito de obedecerlo y de la presión psicológica que ejerce sobre los ciudadanos”; y concluye que

¹⁷ Véase *PJ*, p. 11.

¹⁸ *PJ*, p. 12.

¹⁹ *Idem*.

“como el hábito y la presión psicológica son justificaciones sólo de la obediencia al sistema, este mismo queda injustificado, a menos que el sólo hecho de existir sea considerado suficiente para justificar su obligatoriedad”,²⁰ cosa que resulta lisa y llanamente absurda.

Ahora bien, como tampoco la mera *coherencia interna* del sistema normativo es suficiente para justificarlo, ya que se trataría de una clara petición de principio, Cotta propone un ensayo de justificación normativa de carácter *funcional*, basada en un discurso teórico, de carácter veritativo.²¹ En este ensayo de lo que se trata es de demostrar a través de un discurso *alético*, *i.e.*, susceptible de verdad o falsedad, que el contenido de las normas es aprobable o bien desaprobable. Cotta recuerda que para el no-cognitivismo²² esto no es posible, toda vez que esa posición sostiene que “la determinación de que una aserción es verdadera (...) no autoriza a inferir que el comportamiento indicado es éticamente aprobable (...) y por lo tanto que la norma correspondiente (...) está justificada”.²³ Sin embargo, para Cotta, la verdad de un enunciado teórico no carece de importancia para una justificación de las normas, como sucede cada vez que esa norma (*v.gr.* que se debe obedecer a las leyes de la comunidad política) pueda ser relacionada necesaria y funcionalmente con una proposición teórica verdadera (*v.gr.* que la obediencia a las leyes es necesaria para la existencia de la comunidad política). “En consecuencia —concluye este autor— la norma que prescribe un acto funcional al ser de una situación existencial común, permanece siendo una norma, porque ella discrimina, entre varios actos fácticamente posibles, aquel que debe (o no debe)

²⁰ *PJ*, p. 13.

²¹ *PJ*, p. 15.

²² Sobre el no-cognitivismo ético, Cotta ha escrito palabras decisivas en un sugerente trabajo: Cotta, S., “Conoscenza e normatività. Una prospettiva metafisica”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Milán, núm. LXXI, 1994, pp. 555-568.

²³ *PJ*, p. 15.

ser”,²⁴ vinculándolo en su estructura al imperativo hipotético de Kant.

Pero el mismo Cotta reconoce el carácter limitado de esta justificación funcional, en razón de que ella está limitada al contexto dentro del cual se realiza —en el caso del ejemplo, la comunidad política— y al hecho de que este contexto no sea recusado por los participantes —en el ejemplo, los mismos integrantes de la comunidad política—. Cotta propone entonces como alternativa una justificación de tipo hipotético-asertórico o pragmático, según la cual el objetivo que justifica las normas no está limitado a una comunidad, sino que se trata de hecho de un objetivo compartido por la totalidad de los seres humanos, *i.e.*, de carácter universal.²⁵

Ahora bien, sucede que este argumento también tiene sus limitaciones, ya que se refiere a objetivos, como la felicidad de los seres humanos individuales, *i.e.*, a la existencia individual y no a la coexistencia, que es donde —según Cotta— el discurso ético adquiere un sentido. Y pone como ejemplo el enunciado “el respeto del inocente es necesario para la existencia humana”, que sólo adquiere sentido en el marco de la coexistencia:

Esto nos permite precisar —afirma este autor— que el imperativo asertórico es justificable de un modo (...) incontrovertible y por lo tanto *científico*, desde que concierne a aquello que es necesario no a la existencia individual sino a la coexistencia interhumana (...); la coexistencia —concluye— no es en sí misma, *inmediatamente*, un valor, pero llega a serlo cuando se lo asume, por la intencionalidad, como criterio supremo de toda acción.²⁶

Y este valor reviste un carácter teórico-asertórico toda vez que puede probarse la universalidad de su apreciación ética y de su consiguiente valor moral.²⁷ De este modo, Cotta considera que es posible justificar las normas de modo *cientí-*

²⁴ *PJ*, p. 16.

²⁵ *PJ*, pp. 16 y 17.

²⁶ *PJ*, p. 18.

²⁷ Véase *PJ*, p. 19.

tífico, i.e., a partir de una enunciación teórica —como la del valor de la coexistencialidad humana— susceptible de verdad y por lo tanto de científicidad.²⁸

Cotta ejemplifica todo esto a partir del ya referido enunciado teórico “el respeto del inocente necesario a la existencia humana”,²⁹ al que considera “reciprocable” (*reciproca-ble*),³⁰ universalizable y necesario, no sólo a la existencia individual, sino para la co-existencia. Cotta sostiene que este enunciado no es inmediatamente falsable, por lo cual, “si la verdad del enunciado teórico resulta establecida, ella otorgará la justificación funcional de la norma correspondiente «tú debes respetar al inocente», que es indispensable porque el comportamiento opuesto permanece como fácticamente posible”.³¹ Y concluye —siguiendo en este punto un argumento elaborado por Gaetano Carcaterra para pasar de proposiciones de *ser* a otras de *deber ser*—³² que la afirmación acerca de la necesidad para la coexistencia del respeto al inocente, es *aceptada* por todos, razón por la cual es legítimo concluir de ella la justificación racional de la norma que la prescribe.³³

IV. REFLEXIONES VALORATIVAS: COTTA Y LA JUSTIFICACIÓN DE LAS NORMAS

Una vez expuesto sucintamente el ensayo realizado por Cotta de elaborar un modelo de justificación de las normas de carácter teórico y veritativo, corresponde efectuar a su

²⁸ Esto último se encuentra bastante más desarrollado, pero sin modificaciones en cuanto a la doctrina, en Cotta, S., *Giustificazione...*, *cit.*, pp. 109-117.

²⁹ *PJ*, p. 17.

³⁰ Esta palabra —que designa la cualidad de ser susceptible de reciprocidad— no existe en el idioma castellano, pero tampoco existe en francés la que utiliza Cotta, al menos si se está a lo contenido en el Diccionario Larousse.

³¹ *PJ*, p. 18.

³² *PJ*, pp. 18 y 19.

³³ En el “Apéndice” a su libro *Giustificazione e obligatorietà delle norme* (pp. 139-152), Cotta reelabora esta justificación el término de una ontología fenomenológico-existencial de raíz heideggeriana, pero —a criterio del autor de estas líneas— no varía en lo sustancial la argumentación desarrollada hasta aquí.

respecto algunas consideraciones de carácter valorativo, poniendo en evidencia tanto los aspectos positivos como las debilidades de la propuesta. Ante todo, es preciso reconocer el esfuerzo de rigor y coherencia realizado por el autor, que reviste mayor relevancia por tratarse en este caso de una elaboración filosófica de carácter mayormente personal, que si bien reconoce necesariamente deudas intelectuales, adquiere una formulación y una estructura novedosas y en buena medida originales. Y esto no es poco, en especial cuando, como fue siempre el caso de Cotta, se “nada contra la corriente”³⁴ de las modas filosóficas hodiernas.

Pero este nadar contra la corriente adquiere además un especial valor cuando lo que se intenta es una reivindicación de la razón en un campo, como el de la ética y el derecho, donde se encuentra cuestionada en toda la línea. Desde el escepticismo moderno encabezado por Hume, pasando por el Círculo de Viena y su secuela de emotivismo ético y por las corrientes de la “filosofía de la sospecha”, para terminar en el actual nihilismo ético, se ha intentado socavar la posibilidad de una justificación racional y veritativa de las realidades prácticas, ya sea reduciendo su sentido al otorgado por el sujeto o la cultura, o bien eliminando de raíz toda posibilidad de sentido. Pero sucede que, como lo ha evidenciado Kalinowski al comentar un libro de Cotta, “si las normas jurídicas no están justificadas no obligan, dicho de otro modo, no están en vigor. Ellas no tienen fuerza obligatoria si no están justificadas”.³⁵

Esto es así porque pertenece a la índole de la normatividad humana —en rigor, no existe otra— el dirigirse a una razón justificándose en razones; y estas razones no pueden ser sino *objetivas*, *i.e.*, referidas a una realidad con una existencia distinta del sujeto que las formula y cognoscible de modo verdadero, ya que de lo contrario se cae en el sub-

³⁴ La expresión está tomada del título del libro de Veatch, H. B., *Swimming Against the Current in Contemporary Philosophy*, Washington D. C., CUA Press, 1990.

³⁵ Kalinowski, G., “Compte Rendu a Giustificazione e obligatorietà delle norme”, *Archives de Philosophie du Droit*, París, núm. 29, 1984, p. 422.

jetivismo ético que en definitiva, como lo ha mostrado acertadamente Cotta, “no hace más que expresar la lógica de la potencia, el *tantum iuris tantum potentiae* de Spinoza, que hace imposible la co-existencia humana y vacía de sentido (*senseless*) toda afirmación ética (...). Brevemente, el subjetivismo ético no puede renunciar a justificar objetivamente sus juicios de valor a menos de dejar de ser propiamente ético”.³⁶

Pero está claro que esta justificación racional y objetiva supone —para ser tal— un discurso veritativo, que Cotta denomina “alético”, y que consiste en la posibilidad de una adecuación de los enunciados que la componen con alguna realidad independiente de los meros pensamientos del sujeto que intenta esa justificación.³⁷ Por otra parte, en varios lugares el autor italiano deja en claro que los enunciados básicos que conforman la justificación racional que propone revisten carácter *teórico* y por lo tanto la verdad que los tiene por objeto es una verdad *teorética*. “Se trata de proposiciones —escribe Cotta— evidentemente teoréticas, no sólo porque están formuladas en el modo verbal indicativo, sino sobre todo porque describen situaciones de ser (*essere*). Su verdad es, por lo tanto, controlable (verificable o falsable) empíricamente”.³⁸

Ahora bien, frente a estas afirmaciones inequívocas, es preciso reiterar una pregunta clásica, pero no por ello desprovista de valor: ¿es posible justificar racionalmente proposiciones *normativas* con el sólo concurso de proposiciones *teoréticas*?; ¿no aparecerá es ese caso, algo *nuevo* en las conclusiones, que no estaba contenido en las premisas, tal como lo denunciara en su momento —aunque en definitiva

³⁶ *PJ*, p. 20.

³⁷ Sobre la noción de *verdad* que se usará en este contexto, véase Inciarte, F., “El problema de la verdad en la filosofía actual: verdad y sentido”, *El reto del positivismo lógico*, Madrid, Rialp, 1974, pp. 54-81, y Vigo, A. G., “El concepto de verdad teórica en Aristóteles. Intento de reconstrucción sistemática”, *Estudios aristotélicos*, Pamplona, EUNSA, 2006, pp. 107-154.

³⁸ Cotta, S., *Giustificazione...*, *cit.*, p. 102.

de modo erróneo— David Hume³⁹?; ¿resulta consistente una justificación racional de enunciados *prácticos* elaborada a partir solamente de afirmaciones *teórico-descriptivas*? Y la pregunta es en este caso especialmente pertinente, ya que Cotta elaboró gran parte de su filosofía del derecho en oposición activa a las corrientes analíticas de la iusfilosofía, que asumían sistemáticamente la imposibilidad de esa derivación.⁴⁰ Por ello, sin compartir necesariamente las afirmaciones —y las limitaciones— de la filosofía analítica del derecho —en rigor, habría que hablar de *positivismo analítico*— resulta indispensable abordar esas preguntas, ya que las diferentes respuestas posibles condicionan la solución válida a la cuestión de la justificación racional de las normas.

V. EXCURSO: LA TEORÍA DEL CONOCIMIENTO PRÁCTICO

Un intento de respuesta a estas cuestiones requiere ante todo la realización de algunas precisiones liminares, la primera de las cuales radica en la distinción, en el marco de las proposiciones y de sus enunciados, entre las proposiciones⁴¹ (y sus correspondientes enunciados) *teóricas*, *prácticas* y *poiéticas* (que pueden llamarse también *técnicas* y que se dejarán de lado en lo sucesivo). *Teóricas* son aquellas proposiciones que designan hechos, situaciones o estados de cosas; por su parte, son *prácticas* aquellas proposiciones

³⁹ Hume, D., *A Treatise on Human Nature. An Attempt to Introduce the Experimental Method of Reasoning into Moral Subjects*, Londres, Penguin Classics, 1985, p. 521. Sobre este texto, véase Fate Norton, D., “Hume, Human Nature, and the Foundations of Morality”, en varios autores, *The Cambridge Companion to Hume*, Fate Norton, D. (ed.) Cambridge, Cambridge U.P., 1998, pp. 148-181.

⁴⁰ Véase Jori, M., “Introduzione”, *Ermeneutica e filosofia analítica. Due concezioni del diritto a confronto*, Jori, M. (ed.), Torino, Giappichelli, 1994, pp. 17 y ss. Sobre esta oposición de escuelas, véase Massini Correás, C. I., “Entre la analítica y la hermenéutica. La filosofía jurídica como filosofía práctica”, *Persona y Derecho*, Pamplona, núm. 56, 2007, pp. 205-243.

⁴¹ Por supuesto que también existen *conceptos* prácticos —que no se tratarán aquí— y *razonamientos* prácticos; véase Kalinowski, G., “La razón práctica: sus conceptos, juicios y razonamientos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Granada, núm. 17, 1977, pp. 201-216.

que dirigen —o valoran con referencia a su dirección— la acción propiamente humana, sea cual sea su estructura sintáctico-gramatical. A su vez, ambas son el resultado de un *conocimiento*, teórico en el primer caso y práctico en el segundo. Corresponde hacer notar que en el concepto de proposiciones *teóricas* incluye no sólo aquellas que describen hechos cognoscibles empíricamente (*v.gr.* “este caballo es flaco”), sino también aquéllas construidas por conceptos abstractos (*v.gr.* “el hombre piensa”). Por su parte, las proposiciones *prácticas* pueden ser divididas —conforme las enseñanzas de Georges Kalinowski— en estimativas, normativas e imperativas.⁴²

Pero si se limita el análisis a las proposiciones *normativas*, éstas pueden ser clasificadas a su vez, según su mayor o menor universalidad, en *principios* (o normas primeras), *normas* en sentido estricto, que conservando un cierto grado de universalidad se refieren a acciones o situaciones genéricamente consideradas, y *preceptos prudentiales*, que consisten en una directiva concreta, *i.e.*, máximamente determinada,⁴³ acerca de una conducta humana. Ahora bien, las proposiciones prácticas, ya sean estimativas, normativas o imperativas y se trate de principios, normas generales o preceptos prudentiales, pueden ser —siguiendo aquí una tradición que se remonta a la *Ética Nicomaquea* de Aristóteles— verdaderas o falsas.⁴⁴ Esto en razón de que expresan un *conocimiento*, que en cualquier caso habrá de ser verdadero —si es tal conocimiento— o bien falso —en el caso de no resultar tal—.

Dado esto por sentado, y si se acepta la definición de verdad propuesta por Aristóteles: “Decir de aquello que es, que

⁴² Véase Kalinowski, G., *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, trad. de E. Marí, Buenos Aires, EUDEBA, 1979, pp. 101 y ss.

⁴³ Véase Soaje Ramos, G., “La verdad práctico-moral, desde Aristóteles al Aquinate (Una consideración *gnoseo-epistemológica*)”, *Ethos*, Buenos Aires, núm. 23-25, 1997, pp. 274 y ss.

⁴⁴ Véase en este punto Warne, Ch., *Aristotle’s Nicomachean Ethics*, Londres-Nueva York, Continuum, 2006, pp. 79 y ss.

es, y de aquello que no es, que no es, es decir la verdad”,⁴⁵ será *verdadera* aquella proposición teórica que expresa una relación idéntica a la existente en la realidad, *v.gr.*, la proposición “la puerta está cerrada” será verdadera si y sólo si la puerta está —en la realidad— cerrada. Del mismo modo, la proposición práctico-normativa “el depositario debe devolver el depósito”, será verdadera si efectivamente el depositario debe devolver el depósito, relación deóntica de deber que puede tener su fundamento tanto en la ley jurídica natural como en la positiva.⁴⁶

Finalmente, corresponde consignar que todo lo anterior es estudiado por una rama de la filosofía que se ha dado en denominar *filosofía práctica*, que contiene necesariamente —entre otros temas relevantes— una *teoría del conocimiento práctico*, la parte de esa filosofía que estudia la especificidad del conocimiento práctico respecto del teórico, los planos y niveles de ese conocimientos, los conceptos, juicios y racionios prácticos, la lógica de las proposiciones prácticas, en especial las normativas, la teoría de la verdad práctica, así como otros temas vinculados directamente con los enumerados.⁴⁷

Ahora bien, una de las afirmaciones centrales de la teoría del conocimiento práctico es que la justificación racional de las proposiciones prácticas, en especial las normativas, ha de contener necesariamente en sus premisas *al menos una* proposición práctica, en el caso que aquí nos interesa, práctico-normativa. Y esto es necesariamente así, toda vez que no es legítimo desde el punto de vista lógico inferir —y por ende justificar— proposiciones *normativas* a partir sólo de proposiciones *teóricas*, toda vez que no puede aparecer en la conclusión algo —en este caso la normatividad— que

⁴⁵ Aristóteles, *Metafísica*, 1011 b 27.

⁴⁶ Véase Massini Correás, C. I., “Iusnaturalismo e interpretación jurídica”, en varios autores, *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Cianciardo, J. (ed.), Buenos Aires, Ábaco, 2006, pp. 57-81.

⁴⁷ Kalinowski, J., “De la philosophie pratique a la logique déontique”, en varios autores, *Saint Thomas d’Aquin, pour le septième centenaire de sa mort*, Kaminski, S. (eds.) *et al.*, Lublin, WTNKUL, 1975, pp. 224 y ss.

no se encuentre antes en las premisas,⁴⁸ ya que si apareciera no se trataría propiamente de una inferencia sino de una inclusión gratuita. Por otra parte, es necesario que en las premisas de un razonamiento que concluye en una proposición normativa exista al menos una proposición de ese tipo, porque sólo de ese modo la conclusión puede revestir carácter normativo (la conclusión sigue siempre a la premisa más débil, que viene a serlo siempre la normativa por su carácter análogo al de las proposiciones modales).⁴⁹

De todo lo anterior, puede concluirse que la justificación racional de un enunciado normativo —*i.e.* la demostración de su *verdad*— sólo puede lograrse a través de una argumentación que contenga, en alguno de sus pasos, al menos una proposición normativa. Y se trata de la demostración de su *verdad* toda vez que se parte de una concepción cognitivista de la ética y del derecho, entre muchas otras, por las varias razones expuestas por Cotta en su relevante trabajo citado más arriba,⁵⁰ la principal de las cuales es que la adopción de una postura no-cognitivista en moral y en derecho significa, lisa y llanamente, una declaración de bancarrota de la razón⁵¹ en el campo de la praxis humana, declaración cuyas consecuencias inevitables no resultan aceptables, aun para los mismos defensores del no-cognitivismo.⁵²

VI. DEBILIDADES DE LA JUSTIFICACIÓN ANALIZADA

Luego de este excursivo de las nociones centrales de la teoría del conocimiento práctico desde una perspectiva cognitivista, que es, por otra parte, la propuesta por el

⁴⁸ Véase Blanché, R., *Le raisonnement*, París, PUF, 1973, p. 206.

⁴⁹ Véase Gardies, J. L., *Essai sur la logique des modalités*, París, PUF, 1979, pp. 87 y ss.

⁵⁰ Cotta, S., “Conoscenza e normatività”, *cit.*, pp. 558 y ss.

⁵¹ La frase es de Larenz, K., *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1980 p. 233.

⁵² Véase Trigg, R., *Morality Matters*, Malden-Oxford-Carlton, Blackwell Publishing, 2005, pp. 1-10; asimismo: Graham, G., *Eighth Theories of Ethics*, Londres & Nueva York, Routledge, 2004, pp. 1-16.

mismo Cotta, corresponde desarrollar algunas observaciones al modelo de justificación racional de la normas propuesto por ese autor, observaciones que de ningún modo pueden restar mérito al enorme esfuerzo desarrollado por el profesor Cotta en su intento de proporcionar una fundamentación racional-cognitiva y veritativa de las normas éticas, en especial de las ético-jurídicas.

La primera de las observaciones que resulta conveniente efectuar al planteo que hemos estudiado, es la que corresponde, casualmente, al problema de la verdad en el cognitivismo ético. Cotta reconoce acertadamente que desde esa perspectiva es necesario hacerse cargo de la posibilidad de verdad —y de falsedad— en el conocimiento ético y rechaza, también acertadamente, ciertas concepciones limitadas del cognitivismo, en primer lugar la que reduce el cognitivismo al de los medios para lograr un fin ético. Cotta ejemplifica esta primera versión de cognitivismo limitado con las propuestas de G. H. von Wright (reglas *praxeológicas*) y A. Conte (reglas *anancásticas*). La segunda forma de cognitivismo limitado es la que establece una cierta relación entre el deber ser y el ser, pero en el plano de la experiencia empírica existencial, que remite a la constatación personal de las propias necesidades y preocupaciones materiales, psicológicas o espirituales, de las que se sigue por vía emotiva una valoración y la consiguiente consecuencia deóntica. Cotta cuestiona estas formas limitadas de cognitivismo por permanecer sólo en el interior del sujeto, con lo que, en definitiva, es la elección personal la que viene a determinar el contenido deóntico, a partir de una experiencia fenoménica y contingente.⁵³

Cotta propone en su reemplazo un cognitivismo, que a veces llama *absoluto*, de carácter noético-deóntico, basado en “un principio alético general de lo normativo”,⁵⁴ que parte de la existencia de la libertad como uno de los elementos esenciales que connotan la naturaleza humana y concluye

⁵³ Cotta, S., “Conoscenza e normatività...”, *cit.*, pp. 560-562.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 564.

con la afirmación de que la normatividad (...) es una necesidad del ser del hombre en cuanto es la garantía *sine qua non* de su continuidad en el curso de la existencia, en conformidad con el *principium sese conservandi* de todo ser. Tal necesidad es la causa ontológica de la normatividad (...). En consecuencia —continúa Cotta— la normatividad resulta connotada de una forma noético-deóntica: noética, puesto que el conocimiento del ser es indispensable, a menos de ignorar la propia causa; deóntica, puesto que responde a la necesidad de conservación del ser, con el “se debe” correspondiente.⁵⁵

Y concluye formulando un principio normativo fundamental y universal; “se debe (= todos deben) respetar al hombre en todo lo que él es ontológicamente”.⁵⁶

Ahora bien, en primer lugar resulta claro, en estos y otros textos de Cotta, que cuando se refiere a la verdad y al carácter alético de la fundamentación, se está refiriendo exclusivamente a la *verdad teórica* y que en su sistemática no tiene lugar una noción —del tipo que sea— de *verdad práctica*. Esto queda demostrado con las referencias que Cotta hace a la necesidad de conservación de la coexistencia humana, o a la libertad como connotada por la naturaleza humana; en estos casos, así como en otros mencionados por este autor, se trata de afirmaciones de carácter puramente *teórico* o especulativo, donde las proposiciones veritativas: “la conservación de la coexistencia humana es necesaria” o “la naturaleza humana supone la libertad” *describen* un cierto estado de cosas humanas, sin referencias constitutivamente prácticas, en especial, práctico-normativas. Ahora bien, si no se considera la posibilidad de *verdad* en el caso de las proposiciones *prácticas*, no resulta posible construir un razonamiento argumentativo capaz de justificar proposiciones prácticas como las normas éticas o jurídicas, toda vez que, como se ha visto más arriba, sólo

⁵⁵ *Ibidem*, p. 566.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 567.

un razonamiento que incluya necesariamente proposiciones prácticas puede tener a una de ellas como conclusión.

El mismo Cotta niega la dimensión constitutivamente práctica de esos enunciados cuando escribe que “la coexistencia no es en sí misma, *inmediatamente*, un valor, pero llega a serlo cuando *se lo asume*, por la intencionalidad, como finalidad y criterio supremo de toda acción”.⁵⁷ Pero sucede que cuando algo no es práctico intrínsecamente, no puede llegar a serlo en virtud de un elemento extrínseco, como lo es la intención *asumida* por algún sujeto; en rigor, sólo el bien objetivo —bajo la formalidad de bien— puede ser objeto de la intención y fin de la praxis humana en cualquiera de sus dimensiones. Dicho en otras palabras, no se alcanza a ver cómo una realidad —la coexistencia— que no es en sí misma un valor, puede llegar a serlo por la sola mediación de un acto intencional de asunción, acto que, por definición, sólo puede serlo de la voluntad de un sujeto individual; si se está en presencia de una realidad *en la línea del ser* —y por lo tanto no de un valor— ¿cómo es posible que ella pase a *la línea del valor* sólo por un acto que le es extrínseco?⁵⁸

Todo esto, y varias otras aporías que se presentan en los textos analizados, es la consecuencia de la ausencia en el discurso del antiguo profesor de Roma de toda una dimensión del conocimiento, la del *conocimiento práctico*, que es la única capaz de proporcionar una justificación racional consistente a la dirección racional del obrar humano, en especial a la práctico —normativa—. Esto es así porque, tal como lo ha establecido la ciencia lógica, desde sus versiones más antiguas hasta las más contemporáneas, sólo con la mediación de premisas de carácter práctico es posible justificar racionalmente conclusiones de ese carácter, tal

⁵⁷ *PJ*, p. 18 (cursivas agregadas).

⁵⁸ Véase Soaje Ramos, G., “Cotta, Sergio, Giustificazione e obbligatorietà delle norme” (reseña), *Ethos*, núm. 10-11, Buenos Aires, 1983, p. 388.

como es el caso de las normativas.⁵⁹ Es por eso que todos los intentos de justificar principios, normas o imperativos sin la mediación expresa de proposiciones prácticas,⁶⁰ deben necesariamente incluir en la cadena argumentativa, aunque sea de modo implícito o supuesto, uno o más enunciados de ese carácter. De lo contrario, el intento de justificación resultará necesariamente fallido por ausencia del necesario vínculo ilativo —indispensable en todo proceso justificatorio— entre las premisas y la conclusión.⁶¹

Y si se va a los ejemplos puestos por el mismo Cotta, es evidente que el razonamiento:

1) Puesto que el comportamiento C (v.gr. respetar la vida del inocente) es indispensable para la coexistencia,

2) Tú debes C (v.gr. respetar la vida del inocente), sólo tiene ilación —y puede integrar por lo tanto una justificación racional— si se está dando por supuesta la premisa *deóntica* (y por ende, *práctica*):

3) *Todo lo que es indispensable para la coexistencia es debido.*

Resulta también evidente, por otra parte, que en este razonamiento propuesto por Cotta, no puede tomarse la expresión *es indispensable* en el sentido de *es necesario*, ya que si algo es física o metafísicamente necesario no puede ser debido, ya que el deber supone la posibilidad de que las cosas no sean de ese modo. Pero si se toma *es indispensable* en el sentido de *es deónticamente necesario*, se estaría produciendo un sofisma de redundancia, afirmando que lo que *es debido*, es debido. Pero en cualquier caso, es indudable que sin una premisa que contenga un *debe, no debe*,

⁵⁹ Se entiende aquí por “justificación racional” a “la indicación del motivo racional por el cual se admite una expresión en el seno de un conjunto dado de expresiones”, Kalinowski, G., *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, cit., p. 132n.

⁶⁰ Véase, v.gr., Gardies, J-L., *L’erreur de Hume*, Paris, PUF, 1987, *passim*.

⁶¹ En este punto, véase Ziembinski, Z., *Practical Logic*, Dordrecht-Boston-Warsawa, D. Reidel Publishing Company-Polish Scientific Publishers, 1976, pp. 217 y ss.

puede, etcétera, no será posible alcanzar la justificación racional de norma alguna.

En rigor, la debilidad del intento de justificación analizado radica en que se intenta justificar racionalmente las normas de modo veritativo, lo que es indudablemente correcto, ya que una justificación racional que culminara en una afirmación de la que no pudiera predicarse la verdad no justificaría nada, pero negando o dejando de lado la posibilidad de una verdad práctica, en especial de las proposiciones deóntico-normativas.⁶² Al negar esta posibilidad se excluye del razonamiento justificatorio a las proposiciones deóntico-normativas —por considerarlas no susceptibles de verdad— que resultan indispensables para la conclusividad y la ilación del razonamiento. Por lo tanto, sin esta dimensión práctica del razonamiento no es posible justificar racionalmente normas, sean cuales sean las remisiones o referencias a la metafísica o la antropología.

Ahora bien, esta última afirmación hace necesaria una aclaración final, a los efectos de evitar algunas confusiones o malentendidos. Ella se refiere a que la necesidad de un elemento práctico en el razonamiento justificatorio de las normas, no implica la exclusión de toda remisión a tesis o enunciados propios de la metafísica o de la antropología filosófica. En efecto, si bien no es posible derivar lógicamente proposiciones normativas *sólo* de ese tipo de tesis o enunciados, resulta innegable que ciertas afirmaciones correspondientes a esos saberes resultan indispensables para cualquier razonamiento de la índole de los que estamos analizando. En este sentido, Soaje Ramos sostiene que resulta erróneo “conceptuar la ética filosófica como una suerte de *corolario deductivo* de la antropología filosófica, y *a fortiori* cuánto más equivocado es el presentarla como derivada deductivamente de la metafísica”, para aclarar después que la ética filosófica “depende asimismo, aunque relativamente, de la antropología filosófica en la línea de la *fundamenta-*

⁶² Véase Kalinowski, G., *La logique déductive*, París, PUF, 1996, pp. 136.

ción teórica de algunos de sus temas, incluso algunos entre los principales”.⁶³

De este modo, es indudable que son necesarias ciertas afirmaciones de la antropología filosófica, *v.gr.* las correspondientes a la racionalidad y sociabilidad humanas, para la captación de ciertas tesis éticas referidas a los bienes humanos y las normas que les corresponden.⁶⁴ Asimismo, algunas tesis metafísicas,⁶⁵ *v.gr.* que el concepto trascendental de bien es coextensivo con el de ente, resultan indispensables para la estructura de los razonamientos que justifican normas. No se trata, por lo tanto, de excluir radicalmente las tesis metafísicas o antropológicas del discurso justificativo de las proposiciones normativas, sino sólo de no reducirse solamente a ellas, con exclusión de los principios propios de la ética filosófica.

VII. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Luego de lo desarrollado hasta ahora, es posible arribar a las siguientes conclusiones principales:

- a) Merece destacarse especialmente el ensayo, elaborado por Sergio Cotta en los trabajos aquí citados, destinado a encontrar y formular una justificación para las normas, concretamente para las normas jurídicas, principalmente por su carácter *racional y veritativo*; en realidad, sólo es posible una justificación dotada de ambas cualidades, que resultan estrictamente indis-

⁶³ Soaje Ramos. G., “Sobre antropología y ética filosófica. Sus relaciones epistémicas”, *Ethos*, Buenos Aires, núm. 16-18, 1990, pp. 103 y 104. En otro párrafo, este autor escribe: “Esto no excluye que en la línea de fundamentación radical del saber ético, la metafísica *en su ámbito propio* ofrezca no sólo los principios ontológicos *comunes* a todos los otros saberes, sino también análisis y conclusiones que permiten fundar radicalmente tesis éticas”; p. 98.

⁶⁴ Véase Gómez Lobo, A., *Los bienes humanos. Ética de la ley natural*, Santiago de Chile, Mediterráneo, 2006, pp. 86 y ss.

⁶⁵ Véase, acerca de estas tesis, Kalinowski, G., *L'impossible métaphysique*, París, Beauchesne, 1981, pp. 143 y ss.

pensables para la existencia misma de las realidades normativas.

- b) Pero no obstante el valor de ese ensayo, la exclusión del concepto de *verdad práctica* lleva al autor a proponer una justificación integrada exclusivamente por proposiciones *teóricas*, antropológicas u ontológicas, lo que le impide una justificación adecuada de las proposiciones *práctico-normativas*, a raíz de la omisión de premisas que resultan indispensables para la ilatividad de los razonamientos.
- c) Es probable que esta debilidad de la presentación del profesor Cotta se deba a la convicción de que la tesis de la imposibilidad de ilación lógica entre las proposiciones teóricas y las prácticas es tributaria exclusivamente de la filosofía de David Hume y de sus seguidores, los positivistas analíticos; en realidad, *el error de Hume* y sus seguidores fue el de reprochar a sus oponentes deducir normas *sólo* de proposiciones teóricas que constataban la existencia de Dios o describían la condición humana, excluyendo la posibilidad de la existencia —y la verdad— de proposiciones-principios prácticos autoevidentes que otorgan practicidad a todo el discurso y por lo tanto a sus conclusiones.⁶⁶
- d) Otra explicación de esta ausencia en la sistemática del antiguo profesor de Roma de una filosofía *práctica*, en especial práctico-normativa, puede ser la que proviene de su adhesión —aunque con matices y correcciones— al lenguaje, la conceptualización y el *approach* propios de la fenomenología existencial, que ha tenido siempre graves dificultades —cuando no insalvables— para la constitución de una filosofía de carácter constitutivamente práctico.

⁶⁶ Véase Kalinowski, G., “Sur la distinction entre le descriptif et le normatif”, *Archives de Philosophie du Droit*, París, núm. 33, 1988, p. 395. Véase, asimismo, Massini Correas, C. I., *La falacia de la “falacia naturalista”*, Mendoza-Argentina, EDIUM, 1994, *passim*.

LA JUSTIFICACIÓN RACIONAL DE LAS NORMAS

- e) Por supuesto que la insuficiencia que se ha apuntado no invalida el valor relevante de los desarrollos efectuados por el antiguo profesor de Roma, y en especial su defensa permanente del cognitivismo ético, de la racionalidad de las argumentaciones morales y jurídicas y de la necesidad de una justificación radical y decisiva de la normatividad ordenada al bien humano.

CAUSAS DE INDETERMINACIÓN EN EL SISTEMA
DE FUENTES DEL DERECHO

Juan Ramón PÉREZ CARRILLO*

Resumen:

El tema de las fuentes del derecho sigue siendo de primer orden en la ciencia jurídica contemporánea, por lo cual resulta de gran utilidad para los juristas abordar las problemáticas que se generan en torno al mismo. Las causas de indeterminación de las fuentes del derecho —determinadas en unos casos por la falta de regulación por parte del legislador y en otros por la textura abierta del derecho que regula el sistema de fuentes— en el sistema jurídico, es una de dichas problemáticas. El objetivo: analizar las causas de indeterminación de las fuentes del derecho y su expresión en contextos jurídicos como el cubano.

Palabras Clave:

Sistema de fuentes del derecho, indeterminación jurídica, textura abierta, orden jurídico cubano.

Abstract:

Sources of law are still a matter of importance in contemporary legal theory; therefore it is very useful for jurists to address issues re-

* Profesor de Derecho constitucional, Profesor auxiliar y decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas de la Universidad de Granma, Cuba.

JUAN RAMÓN PÉREZ CARRILLO

lated to it. Indeterminacy of the sources of Law —sometimes determined by lack of legislative regulation or by the open texture of Law— is one of the issues of interest. The aim in this paper is to analyze the sources of indeterminacy in legal contexts such as the Cuban one.

Key words:

Sources of Law System, Legal Indeterminacy, Open Texture, Cuban Legal Order.

SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO

SUMARIO: I. *Introducción: la utilidad para los juristas de seguir abordando la problemática de las fuentes del derecho.* II. *Indeterminación del sistema de fuentes “a causa de la ausencia de regulación por el legislador”: tres cuestiones conceptuales de las que no es posible prescindir para definir hoy las fuentes del derecho.* III. *Indeterminación del sistema de fuentes a causa de la “textura abierta” del derecho.* IV. *Conclusión.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN: LA UTILIDAD PARA LOS JURISTAS DE SEGUIR ABORDANDO LA PROBLEMÁTICA DE LAS FUENTES DEL DERECHO

Desde un punto de vista *general*, el estudio y análisis del sistema de fuentes del derecho, una de las más importantes instituciones jurídicas, son llevados a cabo por los juristas mayormente desde las tres siguientes áreas de conocimiento:

En primer lugar, el ámbito de la *teoría del derecho*, como ciencia que estudia la configuración interna y externa de las categorías jurídicas y el entramado que aquéllas conforman como sistema jurídico.¹

En segundo lugar, el campo del *derecho constitucional*, pues como afirma casi unánimemente la doctrina, del que Enrique Álvarez Conde es un buen ejemplo, hoy día parece comúnmente pacífico el hecho de que la regulación de las fuentes del derecho se sitúe también en el entorno de la teoría de la Constitución,² dada la naturaleza de fuente del derecho que ha adquirido la norma fundamental.

Finalmente, en tercer lugar, el espacio del *derecho civil* en los supuestos en los que éste ha seguido operando a modo de derecho *común supletorio* del resto del sistema jurídico.³

¹ Véase Peces-Barba, Gregorio *et. al.*, *Curso de teoría del derecho*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, 2000.

² Álvarez Conde, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, vol. I: *El Estado constitucional, el sistema de fuentes, derechos y libertades*, Madrid, Tecnos, 2008, p. 138.

³ Sirvan de ejemplos, el Código Civil de Napoleón y su influencia para la configuración de Códigos civiles en otros países europeos a partir del siglo XIX y latinoamericanos. Véase Fernández Rozas, J. C., “El Código de Napoleón y su influencia en

Aún lo dicho, también es admitido que abordar las fuentes del derecho desde las mencionadas tres dimensiones no es algo que tenga que ser *exclusivo* de estas ciencias jurídicas normativas específicas. En todo caso, estas páginas se despliegan en el ámbito de la *teoría general de las fuentes del derecho*. Sin que ello sea un impedimento para examinar igualmente —en el epígrafe de IV. Conclusiones— la *casuística* particular. Concretamente, en la parte final voy a traer a colación, de forma breve, algunas consideraciones sobre el caso del sistema cubano de fuentes del derecho. No hay que perder de vista que la problemática sobre las fuentes del derecho reviste gran trascendencia *ideológica y jurídica*, pues según sea su estimación así se configurará en cada sociedad la relevancia que se va a otorgar a una fuente (y no a otra), y/o al momento de su *aplicación e interpretación* por los operadores jurídicos.

Lógicamente, al afrontar la institución de las fuentes desde una perspectiva de la *teoría general* me voy a topar con otras cuestiones que tienen que ver con los *presupuestos* de lo jurídico, y en las que entraré únicamente en relación con la problemática aquí tratada, tal como la *naturaleza* del o el *contenido* del mismo, temas que, sin duda, son y serán siempre *controvertidos*. Ahora bien, con esto no quiero decir que la naturaleza y el contenido del sean ajenos —aunque ésta puede ser una creencia a veces generalizada— al ámbito discursivo y explicativo de las fuentes del derecho. Por el contrario, estos problemas iusfilosóficos están ahí y no es posible desvincularlos de la teorética de las fuentes del derecho. Por una elemental razón: porque en última instancia a lo que está aludiendo la institución jurídica de las fuentes del derecho es —utilizando la conocida expresión de R.v. Ihering— a la “lucha por el derecho”,⁴ o dicho con otras pa-

América Latina. Reflexiones a propósito del Segundo Centenario”, en varios autores, *El derecho internacional en tiempos de globalización: libro homenaje a Carlos Febres Pobeda*, Mérida, Venezuela, Universidad de los Andes, Publicaciones del Vicerrectorado Académico, 2005, pp. 151-190.

⁴ Véase Ihering, R., *La lucha por el derecho*, traducción y prólogo de Diego A. de Santillán, Puebla, México, Editorial Cajica, 1957, pp. 140 y 141.

labras, a la supremacía de “lo jurídico” frente a cualquier otro tipo de instancias.⁵ Por lo que sigue teniendo gran utilidad para los juristas abordar aquellas problemáticas que se generan en el entorno de las fuentes del derecho.

Con esa finalidad me propongo examinar en los epígrafes II y III las *causas de indeterminación* de las que *a veces adolece* el sistema de fuentes del derecho: por un lado, la indeterminación que provoca la “falta de regulación” por el legislador de un sistema explícito de fuentes en el ordenamiento jurídico (epígrafe II); y, por otro lado, la indeterminación a causa de la “textura abierta” del (mismo) derecho que regula el sistema de fuentes (epígrafe III). Finalmente, en el epígrafe IV daré cuenta de algunas *conclusiones* relevantes que obtengo de mi exposición, y haré ciertas observaciones sobre la *casuística* latinoamericana, concretamente en relación con el ordenamiento jurídico *cubano*.

II. INDETERMINACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES “A CAUSA DE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN POR EL LEGISLADOR”:
TRES CUESTIONES CONCEPTUALES DE LAS QUE NO ES POSIBLE PRESCINDIR PARA DEFINIR HOY LAS FUENTES DEL DERECHO

Para poder *describir* qué sucede cuando un sistema jurídico tiene indeterminado su sistema de fuentes, ya sea desde una perspectiva *general* en relación con *cualquier* modo de producción normativa o acotado a la dimensión de una de las ramas del ordenamiento jurídico, es necesario detenerse antes en el propio *concepto* de “fuentes del derecho”. Pues, en función del concepto que manejemos, serán unos (y no otros) los elementos que queden *indeterminados* en el sistema de fuentes según sean las consecuencias que se produzcan a raíz de que éste padezca indeterminación y vaguedad.

⁵ En este caso deben considerarse los planteamientos realizados por Bourdieu, P., *La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2000, a lo que el autor añade que “a su vez lo anterior confluye en la supremacía por el poder de los demás campos de la vida ordinaria de los sujetos dentro de una sociedad regida por normas jurídicas”.

Dada la multitud de significados de la expresión “fuentes del derecho”, que puede ser invocada desde múltiples ópticas en virtud de cómo sea el enfoque que de ella se nos quiera brindar, y dado que es imposible aludir a todos los significados, voy a observar únicamente los más útiles desde el punto de vista de mi exposición. Esto es, voy a tener en cuenta aquellas *acepciones* que tienen que ver con aquellas “dimensiones conceptuales” del sistema de fuentes que, desde un punto de vista generalista, *más y mejor* me permitan definirlo.

Con este propósito voy a tener en cuenta las siguientes tres dimensiones o cuestiones conceptuales sobre las fuentes del derecho:

1. *La cuestión del “contenido” formal y material del sistema de fuentes del derecho: información sobre la “distancia” entre el sistema formal y el sistema material de fuentes del derecho o cómo se desarrolla en verdad la “práctica del derecho” de un determinado ordenamiento jurídico*

En primer lugar, aquí es muy ilustrativo traer a colación la aportación de Luis Legaz Lacambra acerca de la expresión “fuentes del derecho”. Según su parecer, se trata de una expresión multívoca capaz de asumir una variedad de significados. Pues, con el término *fuentes del derecho* se esta haciendo alusión tanto a las “fuentes de conocimiento de lo que históricamente es o ha sido el derecho”, o a “la fuerza creadora del derecho como hecho de la vida social”, o a “la autoridad creadora del derecho histórico”, o al “acto concreto creador del derecho”, o al “fundamento de validez jurídica de una norma concreta del derecho”, o a “la forma de manifestarse la norma jurídica”, o asimismo al “fundamento de validez de un derecho subjetivo”.⁶

⁶ Legaz Lacambra, L., *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1961, pp. 487 y 488.

Todos los anteriores contenidos susceptibles de encarnar la expresión fuentes del derecho, en opinión del catedrático de filosofía del derecho, pueden reducirse a dos categorías y tres significados. Las dos categorías son las de “fuentes *internas*” y “fuentes *externas*”. Las “fuentes internas de derecho” serían “aquellos factores de los que proceden las normas jurídicas, es decir, la autoridad que las crea y, en general, las causas que suministran la materia de las normas”. Mientras que las “fuentes externas” se corresponderían con “las formas en que aparecen las normas, tanto las formas de manifestarse como las normas manifestadas”.⁷

Además de fuentes *internas* y *externas*, si algún concepto (o par conceptual) sobre las fuentes del derecho *no* es *prescindible* hoy en día a la hora de abordar el análisis de la problemática que va asociada a las fuentes del derecho, ese es el que alude a las fuentes “formales” y a las fuentes “materiales” del derecho. Esta *bifurcación conceptual* constituye una *herramienta* imprescindible para el jurista contemporáneo que quiera inmiscuirse con cierta garantía en el análisis en las cuestiones de teoría *general* de las fuentes, o asimismo en el examen de las fuentes *particulares* de una rama concreta del ordenamiento jurídico. Y, a este respecto, se trata de una categoría conceptual sobre las fuentes del derecho que posee una “dimensión comparativa” considerable, dado que posibilita el *cotejo* entre las fuentes (“formales”) del derecho que *declara* un sistema jurídico —de forma explícita o implícita— en su *legislación*, y las fuentes (“materiales”) del derecho que *verdaderamente* están funcionando en la *práctica* del derecho en la que se desarrolla la tarea de los operadores jurídicos. De modo que puede *contrastarse* a través de la observación de la casuística el *nivel de aproximación* entre un tipo de fuentes del derecho y el otro. Alberto Montoro Ballesteros nos brinda con especial claridad esta distinción. Él singulariza los factores de significación “ideal” *versus* de significación “fáctica” que sirven para dar cuenta de cuáles son las fuentes *materiales* que se en-

⁷ *Ibidem*, p. 488.

cuentran utilizando los operadores jurídicos en la práctica real del derecho.⁸

También el profesor Legaz alude relevantemente a esta pareja conceptual. Desde su óptica, los 3 “sentidos” (*legazianos*) de las fuentes del derecho recogerían también la variedad de contenidos que evoca la expresión “fuentes del derecho” —y que hemos referido más arriba— para hacer ahora mención:

Por un lado, al concepto de fuentes del derecho en el *sentido* de “fundamento” (razón, voluntad, naturaleza humana, conciencia o sentimiento jurídico, etcétera), pero que desde el punto de vista estricto no se reduce a una cuestión de fuentes del derecho sino que también abarca el “problema de la esencia misma del derecho”.⁹

Por otro lado, también abarcaría al concepto de fuentes del derecho en el *sentido* de “los grupos sociales en los que se originaría el derecho como forma vital de los mismos” (Estado, comunidad internacional, comunidades sindicales, económicas o profesionales, la sociedad civil, etcétera) y que es lo que él denomina “fuentes materiales” del derecho.¹⁰

Finalmente, asimismo también acogería al concepto de fuentes del derecho en el *sentido* “técnico-jurídico”, con el que se haría referencia “al origen de la norma en una autoridad o fuerza social reconocida por el derecho positivo que, mediante un determinado procedimiento, confiere a dicha norma una forma concreta, por ejemplo, la forma de ley, de costumbre, sentencia, negocio jurídico, etc.”, y que es lo que él denomina “fuentes formales” del derecho.¹¹ O, dicho con otras palabras, los 3 sentidos *legazianos* se resumen en: fuentes del derecho como *fundamento* del sistema jurídico y fuentes del derecho como modos (*materiales* y *formales*) de producción normativa.

⁸ Montoro Ballesteros, A., *Las fuentes del derecho*, Murcia, Universidad de Murcia, 1993, pp. 8-12.

⁹ Legaz Lacambra, L., *Filosofía del derecho*, cit., p. 488.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 488 y 489.

¹¹ *Idem*.

2. La cuestión “*subjetiva*”: información sobre la autoridad que genera la fuente y el procedimiento de su competencia

En segundo lugar, tiene interés la perspectiva de las fuentes del derecho desde la “lógica jurídica”, tal como nos ha puesto de manifiesto el profesor Josep Aguiló Regla, dado que se trata de una orientación que nos proporciona información muy valiosa acerca de la cuestión de *quién* es la “autoridad” que genera la fuente y *cual* ha sido su “competencia” para hacerlo. Para ello este autor se sirve de un “par conceptual” que construye a partir de los siguientes dos presupuestos. Por un lado, el primer presupuesto es la definición de Norberto Bobbio sobre las fuentes del derecho, a modo de “aquellos *hechos* o *aquellos* actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas”.¹² Y, por otro lado, el segundo presupuesto de partida consiste en asumir la clasificación conceptual —introducida por la doctrina civilista— que cataloga a los supuestos de hecho de las normas jurídicas en *actos* y en *hechos* jurídicos. Desde estos dos presupuestos como punto de arranque, el autor elabora dos modelos conceptuales explicativos de las fuentes del derecho: las “fuentes acto” y las “fuentes hecho”.¹³

Esta perspectiva descarta las clásicas oposiciones doctrinales que dividen las fuentes del derecho en fuentes formales *vs.* fuentes materiales, fuentes legales *vs.* fuentes *extra ordinem*, fuentes de conocimiento *vs.* fuentes normativas. Y en su lugar, utiliza las nociones de *acto* y de *hecho* jurídicos como supuestos de hecho generadores ambos de normas jurídicas. En la dimensión de “actos jurídicos”, son “aquellos supuestos de hecho en los que para la generación de la consecuencia jurídica es relevante la voluntad del actor de

¹² Bobbio, N., *Teoría general del derecho*, trad. de Guerrero R., Jorge, Bogotá, Temis, 1999, p. 158.

¹³ Aguiló Regla, J., *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Editorial Ariel, 2000, p. 51.

provocarla”; mientras que en la dimensión de “hechos jurídicos”, son aquellos supuestos de hecho en los que la consecuencia jurídica se genera *con independencia* de la voluntad del sujeto que trata de provocarla”.¹⁴ Desde esta óptica, son *fuentes-acto*: la legislación y las normas provenientes de autoridades políticas.¹⁵ Y son *fuentes-hecho*: la costumbre jurídica y las normas provenientes de ciertas prácticas sociales.¹⁶ Ahora bien, este par conceptual que obtiene el autor de aquella división *nuclear* entre actos y hechos jurídicos tiene utilidad si se usa como la contraposición de dos *modelos* de fuentes, y no como la clasificación de las mismas.¹⁷

3. *La cuestión del carácter “constitucionalizado” del sistema de fuentes del derecho*

Finalmente, en tercer lugar, la cuestión de la *ubicación contemporánea* de la Constitución en el mismo sistema de fuentes del derecho es otra de los asuntos importantísimos que no pueden eludirse en cualquier análisis serio de las fuentes del derecho como institución jurídica. Aquí se discute la naturaleza esencialmente *privatista* o *pública* del sistema de fuentes del derecho, que tiene mucho que ver con la evolución que ha sufrido la mentalidad de los juristas respecto a la “naturaleza” de la Constitución. Esto ha ocurrido cuando la Constitución *deja* de ser reducida a la consideración de “programa político”, y abandona su carácter de mero sentido “directivo” para la sociedad civil, para asumir *también* una naturaleza “jurídica” (y no solo *política*) como “auténtica norma del derecho”.

Ha sido destacadamente Javier Pérez Royo quien ha puesto de manifiesto la idea de que “la Constitución pretende ordenar la génesis del derecho” y que esto lo trata de lle-

¹⁴ *Ibidem*, p. 53.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 69-86.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 87-99.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 51-68.

var a cabo de dos maneras: por un lado, “regulando... ciertas materias de manera directa”; y, por otro lado, “determinando qué órganos y con qué procedimientos regularán aquellas materias que ella misma no ha regulado”.¹⁸ Ante lo cual, la Constitución se sitúa en una *doble* posición, en expresión categórica de este autor: “la Constitución es, por lo tanto, y de manera simultánea, fuente del derecho y norma jurídica que regula las fuentes del derecho, la producción jurídica”.¹⁹

En relación a la dimensión de la Constitución como norma jurídica que regula las fuentes del derecho, ha sido prácticamente aceptada por unanimidad por la doctrina que la Constitución asume la función *esencialísima* de “disciplinar las formas de producción de las normas jurídicas”, concretando “los órganos competentes” para ello, las “categorías jurídicas básicas” (en función de los *valores* que una sociedad ha decidido que han de presidir la vida pública) a través de las cuales se manifiesta la voluntad de dichos órganos, y asimismo las “relaciones” entre las mismas por razón de “jerarquía” o de “competencia”.²⁰

Sin embargo, la dimensión de la Constitución como fuente directa del derecho, como norma jurídica inmediatamente *aplicable*, y no una mera norma *orientadora* de los poderes públicos o un mero *catálogo* de principios, necesita de cierta explicación. Hay que tener en cuenta que esa perspectiva (y función) constitucionales *no* pertenecen a la tradición jurídica europeo-continental que heredamos del siglo XIX y, por ende, en buena medida *tampoco* a la tradición latinoamericana, dado que ambas comunidades regionales compartimos —frente a la tradición jurídica anglosajona— una idea aproximada de sistema jurídico, así como una concepción similar del derecho en general. “La Constitución no era, pues, norma jurídica que estuviera por encima de los poderes que ella misma organizaba”. Se trata de una

¹⁸ Pérez Royo, Javier, *Las fuentes del derecho*, Madrid, Tecnos, 2007, p. 31.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 31 y ss.

²⁰ *Ibidem*, p. 31.

tradición constitucional que supone “la negación de la Constitución como norma jurídica y su simple consideración como documento político”.²¹

A esa explicación atribuye Pérez Royo la ubicación, ciertamente *anacrónica*, de la regulación *concreta* del sistema de fuentes en el ámbito del derecho civil,²² cuando, sin embargo, todo el mundo está de acuerdo que debería ser el derecho constitucional el que por excelencia abordara esa *específica* regulación. El cambio de mentalidad de los juristas, que tiene lugar en la segunda mitad del siglo XX, a la hora de considerar la naturaleza de la ley constitucional lleva a “convertirla *también* en documento jurídico, en norma jurídica que es ella misma fuente del derecho y que disciplina los órganos y procedimientos de creación del derecho, viéndose reafirmada en tal carácter por la introducción de una serie de garantías a favor de la superioridad de la Constitución sobre los poderes constituidos, fundamentalmente la justicia constitucional con la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales y la rigidez de la propia Constitución, que la convierte en un documento sólo modificable por un procedimiento distinto y más agravado que el procedimiento legislativo ordinario”. Con ello, “la Constitución dejaba de estar a disposición del Poder Legislativo, para pasar a convertirse en el criterio determinante de la regularidad de la actuación de dicho poder”.²³

El anterior proceso viene a ser definido como el de la “juridificación de la política”, esto es, “el someter la lucha política a formas jurídicas”.²⁴ En opinión de Pérez Royo, significa la “reducción de la política al derecho”. Y aun sus efectos positivos, “por mucho que se progrese en este terreno, [sin embargo] no será posible la reducción de la política al derecho, la juridificación completa de la política”. A causa de la

²¹ Pérez Royo, J., *Las fuentes del derecho*, cit., pp. 32-34.

²² Por ejemplo, un caso de este tipo es el título preliminar del Código Civil español.

²³ Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, p. 34-38.

²⁴ Véase García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, especialmente pp. 49-94.

SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO

siguiente razón porque, “aunque con la política y el derecho hay puntos de contacto, también hay diferencias”, sobre todo, “una fundamental”: y es que “la esfera de la política es la esfera de la incertidumbre. La esfera del derecho es, o al menos pretende ser, la esfera de la seguridad”. Algo que lleva a que “todos los conceptos centrales de la vida pública tengan un significado político y otro jurídico”. Añade, “esto vale también, como no podía ser de otra manera, para las fuentes del derecho”.²⁵

En todo caso, la conclusión que obtiene este autor es que a fin de “sustituir la incertidumbre política por la seguridad jurídica”, la Constitución ha desarrollado contemporáneamente una *triple* dimensión en el ámbito de las fuentes del derecho:

- La Constitución como “norma jurídica” (“hasta la fecha, el instrumento mejor que se conoce de racionalización y control del poder”);
- La Constitución como “fuente directa del derecho”;
- Y la Constitución como “norma delimitadora y reguladora del sistema de fuentes del derecho”.²⁶

III. INDETERMINACIÓN DEL SISTEMA DE FUENTES

A CAUSA DE LA “TEXTURA ABIERTA” DEL DERECHO

Si el legislador ha atendido las tres cuestiones que hemos visto en el apartado anterior y, por consiguiente, ha *identificado* expresamente en las normas jurídicas el *contenido* del sistema de fuentes (formales) del derecho y éste no guarda gran distancia con las fuentes materiales que están operando en la práctica jurídica; si también ha regulado *subjetivamente* las fuentes determinando la *autoridad* que puede crearlas y a través de qué *procedimientos*; y si dicha regula-

²⁵ Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, p. 40.

²⁶ *Ibidem*, p. 41, añadiendo la siguiente recomendación: “Por lo cual resulta, ante todo, imprescindible no devaluarla con distinciones dentro de la misma, que pueden conducir a restarle credibilidad como documento jurídico, como norma jurídica”.

ción ha sido normativamente *constitucionalizada*, entonces es bastante probable que haya regulado un sistema de fuentes del derecho con vocación de “completo”.

Ahora bien, un sistema de fuentes tal conseguiría el resultado de la “completitud” si la indeterminación de las fuentes del derecho dependiera únicamente de la regulación del legislador. Sin embargo, es posible que existan *otras causas* de indeterminación. Y una *eficiente* regulación por el legislador no sea suficiente para obtener un sistema de producción normativa *sin fisuras, sin lagunas y sin incertidumbre* alguna.²⁷ En este sentido, el argumento formulado por H. L. A. Hart de que el derecho tiene una “textura abierta”, sustenta perfectamente la tesis de la indeterminación en el sistema de fuentes del derecho.²⁸ Y viene a decir que por muy perfecta que sea la regulación del sistema de fuentes en un determinado ordenamiento jurídico, necesariamente las fuentes del derecho van a mostrar alguna “incompletitud” a causa de la naturaleza abierta (“textura abierta”) que es propia del derecho y, por consiguiente, que también va a afectar a la misma regulación legislativa sobre las fuentes.

Puede decirse que el análisis del problema de la indeterminación del sistema de fuentes a causa de la textura abierta de todo derecho incluye verdaderamente dos aspectos diferenciados: por un lado, explicar si el sistema de fuentes es susceptible de “padecer de indeterminación”, y por otro lado, de existir indeterminación, mostrar *qué* “consecuencias” ocasiona esta circunstancia en el ordenamiento jurídico.

H. L. A. Hart aplicó la “tesis de la indeterminación” tanto a las *reglas* del derecho (normas y principios normativos expli-

²⁷ Del Real Alcalá, Juan Alberto, “¿Certeza del derecho vs. indeterminación jurídica? El debate entre positivistas y antipositivistas”, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, ARSP Beiheft*, 2007, núm. 106, vol. I *Legal Theory/Legal Positivism and Conceptual Analysis*, 1a. Ed., Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2007, pp. 94-106.

²⁸ Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961; traducción española: *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 159 y 160.

ditos, según la terminología latina) como a los *principios* (*implícitos*)²⁹ del ordenamiento jurídico. De modo, que de poder predicarse cierta indeterminación en el sistema de fuentes, aquélla formaría parte de la “doctrina general de la *indeterminación* jurídica”³⁰ que surge a raíz de la teoría jurídica *hartiana*, la cual pone de manifiesto que cuando hay indeterminación, los sistemas jurídicos *no* son “completos”, esto es, padecen de “incompletitud”.³¹ Desde esta perspectiva se afirmaría que el sistema de fuentes del derecho necesariamente va a adolecer en ocasiones de *indeterminación*. Por lo que *no* es posible construirlo perfectamente *determinado, cierto y preciso* desde un punto de vista formal y material, sino que sin más remedio a veces la legislación es vaga e indeterminada.³²

El autor inglés define la *textura abierta* del derecho del siguiente modo: afirma que cualquier regla o principio del derecho tienen “un halo de vaguedad o textura abierta” que

²⁹ El término “regla”, que es más propio de la teoría jurídica anglosajona, puede ser asimilado en buena medida al término jurídico-latino “norma”, a fin de incluir las *normas jurídicas* en sentido estricto y también los “principios” jurídicos que “explícitamente” reconoce en una norma el sistema jurídico. El ámbito de las *reglas* (normas y principios normativos explícitos del sistema jurídico) es distinguible del ámbito de los principios “implícitos” que están en la base del sistema jurídico. Para definirlos haré referencia a Dworkin, Ronald, “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, núm. 35, 1967, pp. 14 y ss.; traducción española: “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en Dworkin, Ronald (comp.), *Filosofía del derecho*, traducción de J. Sainz de los Terreros, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 85 y 86, el cual describió los principios del siguiente modo: “usaré el término ‘principio’ para referirme a todo orden de normas extrajurídicas... Denomino ‘principio’ a una norma que es menester observar, no porque haga posible o asegure una situación económica, política o social que se juzga conveniente, sino por ser un imperativo de justicia, de honestidad o de alguna otra dimensión de la moral”.

³⁰ Del Real Alcalá, Juan Alberto, “Ámbitos de la doctrina de la indeterminación del derecho”, *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 56, julio de 2006, pp. 48-58.

³¹ Del Real Alcalá, Juan Alberto, “La «doctrina de la completitud» del derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo”, en varios autores, *Teoría y metodología del derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, 2008, 4 vols., vol. II, pp. 423-447.

³² Endicott, T. A. O., *La vaguedad en el derecho*, trad. de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Madrid, Dykinson, 2007 (traducción del inglés: Endicott, T. A. O., *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000), para quien la vaguedad del derecho, a la que estima fuente principal de la indeterminación jurídica, no siempre constituye un *defecto* del derecho, sino a veces una *característica* positiva *buscada* por los legisladores.

potencialmente puede dar lugar a *incertidumbre e indeterminación* tanto a la regla de reconocimiento del ordenamiento (y a su contenido: los criterios de validez jurídica) como a otras reglas o normas particulares o a los principios.³³ Así, pues, desde la óptica *hartiana*, que el derecho tenga *textura abierta* significa que las reglas (incluidos los criterios de validez jurídica) y los principios (implícitos) del derecho contienen un “núcleo de certeza” en su significado semántico, y en virtud de éste asimismo consecuentemente en su acción aplicativa a los casos de la realidad; pero también, al mismo tiempo, junto al núcleo de certeza que poseen las reglas y los principios, éstas y éstos también contienen una “zona de incertidumbre” desde el punto de vista cognoscitivo y de aplicación a la casuística.³⁴

La regla de *reconocimiento* de un sistema jurídico es la regla, la norma, que determina en un país lo que *es* derecho y lo que *no* lo es. A este respecto, es la regla que proporciona los “criterios de validez jurídica” que son determinantes para *reconocer* el derecho que *es*, y que han de ser *cumplidos* por cualquier norma particular para poder afirmarse de ella que pertenece válidamente a un determinado ordenamiento jurídico (y, en consecuencia, está excluida como tal de todos los demás ordenamientos). En la práctica, la regla de *reconocimiento* de un sistema jurídico podría concretarse e identificarse en mayor medida con la norma fundamental, la *Constitución*, aunque no necesariamente ha de ser así. Respecto a los principios, es verdad que el nombre de “principios” llama a engaño, tanto que es una vieja discusión entre los juristas si los principios generales son normas, aun-

³³ Hart, H. L. A., *El concepto de derecho*, cit., pp.152 y 153.

³⁴ Endicott, T. A. O., “El derecho es necesariamente vago”, trad. de de Juan Alberto del Real Alcalá, en *Derechos y Libertades*, núm. 12, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 2003, pp. 179-189; trad. del inglés: Endicott, T. A. O., “Law is Necessarily Vague”, *Legal Theory 7*, Cambridge University Press, 2001, pp. 379-385.

que es indudable que los principios contenidos en normas son tan normas como todas las demás normas.³⁵

Pues bien, la regulación del sistema de fuentes llevada a cabo el legislador *no* adolecerá de indeterminación en la primera zona (núcleo de certeza), en la que dicha regulación de las fuentes goza de *certeza* cognoscitiva y consecuentemente asimismo *aplicativa*. Aquí, los criterios de validez jurídica pueden ser claramente *constatados*, de modo que se encuentran perfectamente “determinados” de un modo “preciso”. Y, por tanto, las fuentes *formales* y *materiales* de ese sistema jurídico pueden ser perfectamente *identificadas*. Se puede afirmar que en esta zona de certeza, el sistema general de las fuentes del derecho regulado por la legislación está *determinado* y es *cierto*. Allí prevalece la certeza y seguridad jurídicas como valores relevantes del sistema jurídico.³⁶ Lógicamente, tal determinación se concretará según la atalaya desde la que el legislador haya resuelto las cuestiones conceptuales definitorias de las fuentes del derecho mencionadas en el epígrafe II en relación, por ejemplo, a los pares conceptuales fuentes *internas/externas*, fuentes *formales/materiales*, fuentes-*acto*/fuentes-*hecho* o fuentes *intraconstitucionales/extraconstitucionales*.

Sin embargo, a causa de la textura abierta como *propiedad* de todo *derecho* y de sus *instituciones*, en la regulación legal del sistema de fuentes también se va a poder distinguir (además de una zona de certeza) una *zona de penum-*

³⁵ Bobbio, N., *Teoría general del derecho*, *cit.*, p. 239. Dos son los argumentos para sostener que los principios generales son normas, y ambos son válidos: de acuerdo con el primero de ellos, si son normas aquellas que se deducen de los principios generales por medio de un procedimiento de generalización sucesiva, no se ve por qué estos no deban ser normas también. En segundo lugar, la función para la cual se deducen y se adoptan es la misma que se lleva a cabo para todas las normas, o sea la función de regular un caso. ¿Con qué fin se deducen en caso de laguna? Es claro que para regular un comportamiento no regulado, pero, entonces ¿sirven para el mismo fin que las normas expresas? Y, ¿por qué no deberían ser normas?

³⁶ Véase Del Real Alcalá, Juan Alberto, “Desacuerdos en la teoría jurídica sobre el concepto de certeza en el derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXIX, núm. 117, septiembre-diciembre de 2006, pp. 755-775.

bra o incertidumbre, en la que *no está claro* y ofrece *duda* la identificación de cuáles son las fuentes formales o materiales del derecho reguladas en la legislación, o cuáles son las autoridades que según la legislación tienen capacidad crear normas o cuáles los procedimientos para hacerlo, o cuál es la jerarquía normativa en la que se ubica el sistema de fuentes y cuál la prelación de las mismas en función de su normación legislativa. En esta zona, pues, los criterios de validez sufren de “indeterminación” y de “imprecisión” en virtud de lo que —tal como H. L. A. Hart advirtió— la *textura abierta* de la regla de reconocimiento hace *imposible* “la exclusión (del derecho) de toda incertidumbre”.³⁷ Esta *textura abierta* de los criterios de validación del derecho se extiende no sólo a los *hechos sociales* que producen derecho, sino también a aquellos *estándares* morales/políticos implícitos al conjunto del sistema jurídico que a causa de la *textura abierta* no son en ocasiones claramente reconocidos como derecho.³⁸ El resultado es, tal como afirma Hart, que es *imposible* construir el derecho, pero tampoco sus instituciones, a modo de “un sistema sin lagunas”.³⁹ Del mismo modo, la *textura abierta* del derecho incide en la teoría de la *decisión judicial* “quebrando” el tradicional principio de “unicidad casuística judicial” por el que se piensa que *todas* las resoluciones de los jueces tienen la *misma* estructura decisoria, o sea, que sólo hay un *único tipo* de caso judicial

³⁷ Hart, H. L. A., “Postscript”, en Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, Penélope A. Bullock y Joseph Raz (eds.), pp. 238-276; traducción española: *Post scriptum al concepto de derecho*, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2000, p. 28.

³⁸ Hart, H. L. A., *Post scriptum al concepto de derecho*, *cit.*, p. 27.

³⁹ Hart, H. L. A., “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, en Casanovas Romeo, Pompeu y Moreso, Josep Joan (coords.), *El ámbito de lo jurídico: lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, 1994, p. 345.

y no varios tipos (principio de pluralidad casuística judicial).⁴⁰

Desde este argumento de la *textura abierta*, los criterios que validan el derecho —se trate de criterios sociales y/o morales/políticos— aparecen, pues, *a veces* (es decir, en los supuestos en los que nos encontramos en la zona de penumbra de la regulación legislativa) *incierto* e *imprecisos*, *vagos*, a la hora de identificar a *todo* lo que es fuente del derecho en un país. Circunstancia que en esa medida va a impedir que pueda concretarse *claramente* cuál es el derecho válidamente producido en el país y cual *no* lo es *cuando* la regulación del sistema de fuentes contiene una zona de incertidumbre. Como en esta zona las fuentes formales y materiales del derecho *no* pueden ser claramente identificadas, *en dicha zona*, el sistema general de las fuentes del derecho de un ordenamiento jurídico estará *indeterminado* y será *incierto*. Allí la certeza y la seguridad jurídicas son valores disminuidos tanto en el sistema jurídico como en el sistema de fuentes del derecho.

Si la regulación del sistema de fuentes de un ordenamiento jurídico padece en ciertos casos (*no* en *todos* los casos, sino *sólo* en los situados en la zona de incertidumbre o penumbra) de indeterminación, en esos supuestos (que *caen* dentro de la *zona de penumbra* de dicha regulación) habrá “incertidumbre” y “duda” acerca de si las conductas permitidas y las prohibidas generadas desde dicha zona lo están precisamente por normas y principios creados *válidamente* (validez formal) y, como tales, han de ser respaldadas por la *coacción* del derecho; o lo están por normas o principios viciados de *invalidez jurídica* y, como tales, de resultar finalmente así, entonces se les ha de negar el sostén de la fuerza vinculante del ordenamiento jurídico.

⁴⁰ Véase Del Real Alcalá, Juan Alberto, “La decisión judicial según los tipos de casos: «clear» cases, «borderline» cases y «pivotal» cases”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, núm. 1, 2007, pp. 355-417.

IV. CONCLUSIÓN

Algunas de las conclusiones que se pueden obtener de lo dicho a lo largo de estas páginas son las siguientes:

En primer lugar, que existe una estrecha relación entre la teoría de las *fuentes del derecho* y la forma en que se contempla la *completitud* o *incompletitud* de los sistemas jurídicos.⁴¹

En segundo lugar, a la hora de *dar cuenta* —como juristas— de las fuentes del derecho que *verdaderamente* operan en práctica jurídica de un país, así como para poder *medir* hasta qué punto aquellas fuentes se corresponden con las que declara o reconoce (expresa o implícitamente) el sistema jurídico, no es posible prescindir de la diferenciación entre fuentes *formales* y fuentes *materiales* del derecho. Y dentro de estas últimas, cobran especial atención los factores particulares de significación “ideal” y de significación “fáctica” que son susceptibles de integrar las fuentes materiales. Para poder describir *cómo* está operando en la realidad la *maquinaria jurídica* de un país el jurista no tiene más remedio que echar mano de esta distinción y tomarla muy en consideración.

En mi opinión, antes que otras dimensiones o características, lo que identifica a las fuentes del derecho son los “métodos y procedimientos” de carácter *formal* por medio de los cuales se *concretan* las normas jurídicas y se señala la *fuerza* “obligatoria” que aquéllas despliegan. La identificación de las normas desde el punto de vista de su *validez* formal, esto es, de su *pertenencia* a un determinado sistema jurídico (y *no* a otro) y su *obligatoriedad* a partir de declararse aquella validez, son cuestiones ambas que abordan de un modo *nuclear* la ciencia del derecho y la teoría jurídica *en general*, pero que han de resolver *cada uno* de los sistemas jurídicos *en particular*.

⁴¹ Cfr. Del Real Alcalá, J. A., “¿Certeza del derecho vs. indeterminación jurídica? El debate entre positivistas y antipositivistas”, *cit.*, pp. 94-106.

SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO

En tercer y último lugar, en el texto se pone de manifiesto que la indeterminación del sistema de fuentes del derecho puede tener *dos* grandes causas. *Una*, la regulación *incompleta* del legislador del sistema de fuentes del derecho. *Dos*, la propia naturaleza de *textura abierta* del derecho y por consiguiente de la propia delimitación legislativa del sistema de fuentes.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILÓ REGLA, Josep, *Teoría general de las fuentes del derecho (y del orden jurídico)*, Barcelona, Ariel, 2000.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, *Curso de derecho constitucional*, vol. I: *El Estado constitucional, el sistema de fuentes, derechos y libertades*, Madrid, Tecnos, 2008, 138.
- BOBBIO, N., *Teoría general del derecho*, trad. de Guerrero R. Jorge, Bogotá, Temis, 1999.
- BOURDIEU, Pierre y TEUBNER, Gunther, *La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2000.
- DEL REAL ALCALÁ, Juan Alberto, “La «doctrina de la complejidad» del Derecho según el antipositivismo jurídico contemporáneo”, en varios autores, *Teoría y metodología del derecho. Estudios en homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Madrid, Dykinson, 2008, 4 vols., vol. II.
- , “La decisión judicial según los tipos de casos: «clear» cases, «borderline» cases y «pivotal» cases”, *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho* (inglés-español), México, núm. 1, 2007.
- , “¿Certeza del derecho *vs.* indeterminación jurídica? El debate entre positivistas y antipositivistas”, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie, ARSP Beiheft*, núm. 106, vol. I *Legal Theory/Legal Positivism and Conceptual Analysis*, 1a. ed., Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2007.

- , “Ámbitos de la doctrina de la indeterminación del derecho”, *Jueces para la democracia*, Madrid, núm. 56, julio de 2006.
- , “Desacuerdos en la teoría jurídica sobre el concepto de certeza en el derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXIX, núm. 117, septiembre-diciembre de 2006.
- DWORKIN, Ronald, “The Model of Rules”, *University of Chicago Law Review*, num. 35, 1967; traducción española: “¿Es el derecho un sistema de normas?”, en DWORKIN, Ronald (comp.), *Filosofía del derecho*, trad. de J. Saínz de los Terreros, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.
- ENDICOTT, Timothy A. O., *La vaguedad en el derecho*, traducción de J. Alberto del Real Alcalá y Juan Vega Gómez, Madrid, Dykinson, 2007 (trad. del inglés: Endicott, T. A. O., *Vagueness in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000).
- , “El derecho es necesariamente vago”, traducción de J. Alberto del Real Alcalá, en *Derechos y Libertades*, núm. 12, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 2003; trad. del inglés: Endicott, T. A. O., “Law is Necessarily Vague”, *Legal Theory*, 7, 2001, *Cambridge University Press*.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “El Código de Napoleón y su influencia en América Latina. Reflexiones a propósito del Segundo Centenario”, en varios autores, *El derecho internacional en tiempos de globalización: libro homenaje a Carlos Febres Pobeda*, Mérida (Venezuela), Universidad de los Andes, Publicaciones del Vicerrectorado Académico, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985.
- HART, H. L. A., “Postscript”, en HART, H. L. A., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1997, edición de Penélope A. Bullock y Joseph Raz, pp.

SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO

- 238-276; traducción española: *Post scriptum al concepto de derecho*, Penélope A. Bullock y Joseph Raz (eds.), estudio preliminar, traducción, notas y bibliografía de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 2000.
- , “Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño”, en CASANOVAS, Romeu Pompeu y MORESO, Josep Joan (coords.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona, Crítica, 1994.
- , *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1961; traducción española: *El concepto de derecho*, trad. de Carrió, Genaro R., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- IHERING, R., *La lucha por el derecho*, traducción y prólogo de Santillán de, Diego A., Puebla, México, Editorial Cajica, 1957.
- LEGAZ LACAMBRA, L., *Filosofía del derecho*, Barcelona, Bosch, 1961.
- MONTORO BALLESTEROS, A., *Las fuentes del derecho*, Murcia, Universidad de Murcia, 1993.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de teoría del derecho*, 2a. ed., Madrid, 2000.
- PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del derecho*, Madrid, Tecnos, 2007.

EL DERECHO COMO RAZÓN EXCLUYENTE
PARA LA ACCIÓN: UNA APROXIMACIÓN
DESDE LA TEORÍA IUSNATURALISTA
DEL DERECHO DE JOHN FINNIS

Pilar ZAMBRANO¹

Resumen:

Este estudio intenta responder a la siguiente pregunta: ¿cómo introduce John M. Finnis en la teoría ius-naturalista del derecho, la idea hartiana y raziana de que el derecho proporciona razones excluyentes para la acción? En la búsqueda de una respuesta se abordarán los siguientes ejes temáticos: (a) el concepto genérico de razón para actuar, y su distinción de otras motivaciones posibles para la acción; (b) los rasgos propios de la razón jurídica para obrar, que la diferencian de otro tipo de razones para la acción; (c) los conceptos correlativos de autoridad y obligación en referencia al derecho. En este análisis se señalarán algunas fortalezas en la propuesta de Finnis con respecto a sus predecesores de la tradición positivista, pero también algunas debilidades descriptivas e inconsistencias teóricas. Estas dificultades se presumen ligadas a la dificultad de Finnis en su intento de conciliar el aparato conceptual heredado de la tradición iuspositivista, con el esquema conceptual heredado de la tradición ius-naturalista y, más ampliamente, con la epistemología práctica tomista que recoge de esta tradición.

Palabras clave:

Razón excluyente para la acción, autoridad del Derecho, obligación jurídica, obligación moral.

¹ Profesora de Filosofía del derecho, Universidad Austral, Argentina e investigadora del Consejo Nacional de Ciencia y Técnica de la Argentina (CONICET). La autora agradece a Carlos Ignacio Massini Correas por sus valiosas observaciones a una primera versión del trabajo que ahora se publica.

PILAR ZAMBRANO

Abstract:

This study aims at answering the following question: How does John M. Finnis introduce in his Theory of Law the hartian and razian concept of “an exclusionary reason for action”. The search for an answer entails at least the following items: (a) the generic concept of a “reason for action” and its distinction from other possible motivations for action; (b) the distinctive elements of a legal reason for action, which distinguish it from other classes of reasons for action; (c) the correlative concepts of authority and obligation, as applied to Law. This analysis will highlight some descriptive and evaluative achievements in Finnis proposal, particularly regarding his positivist predecessors, but also some theoretical difficulties, which we presume to be linked with John Finnis’ aim at conciliating Law-Positivism and Natural Law Theory.

Key words:

Exclusionary reason for action, Law’s Authority, Moral Obligation, Law Obligation.

EL DERECHO COMO RAZÓN EXCLUYENTE PARA LA ACCIÓN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Las motivaciones para actuar: razón directiva, razón moral, y emoción o interés*. III. *El derecho como razón para la acción*. IV. *El derecho como razón excluyente*. V. *La obligación moral y la obligación jurídica de obedecer al derecho*. VI. *Algunas dificultades epistémicas en la distinción entre obligación en sentido jurídico y obligación en sentido moral*. VII. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

La historia de la filosofía es un intento, por así llamarlo, de descubrir en parte y construir en otra parte el relato de cómo el hombre ha comprendido el mundo, de cómo se ha comprendido a sí mismo en relación con el mundo, y de cuáles son las razones que dan cuenta de esta comprensión holística o global.²

En este comprenderse a sí mismo en relación con el mundo, el hombre se ha servido siempre de una doble herencia. Por una parte, de las auto-comprensiones pasadas y, por otra, del aparato conceptual que le permite acceder a estas comprensiones. Normalmente la herencia total, en sus dos dimensiones, se asume para introducir modificaciones que le impriman una mayor coherencia y consistencia interna. En estos casos, la tarea del filósofo se concentra casi de modo exclusivo en el refinamiento del respectivo aparato conceptual. Otras veces, la herencia se rechaza, y cuando el rechazo se generaliza —con o sin fundamento suficiente—, las generaciones filosóficas subsiguientes se em-

² *Cfr.*, apuntando que la filosofía se ocupa de los problemas fundamentales de la existencia humana y la filosofía del derecho, como parte de la filosofía, de los fundamentos últimos del derecho, Kaufmann, Arthur, “Filosofía del derecho, teoría del derecho, dogmática jurídica”, trad. Gregorio de Robles Morchón, en Kaufmann, Arthur y Hassemmer, Winfried, (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Debate, 1992, p. 27. Por su parte, Theodor Viehweg sostiene que la filosofía es investigación básica en dos sentidos: remite a los fundamentos o presupuestos de los saberes más “superficiales”, y por lo mismo, al menos en lo que se refiere a las ciencias humanas como el derecho, a una antropología o “imagen del hombre”. *Cfr.* Viehweg, Theodor, *Tópica y filosofía del derecho*, trad. de Garzón Valdez, Ernesto, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 31, 51 y 52.

barcan de lleno en la construcción de un nuevo aparato conceptual, que sirva para “poner en palabras” la nueva auto-comprensión del hombre en su mundo.

En éstos casos, el historiador de la filosofía identifica hitos o giros, que suponen el paso de una etapa a otra.³ Trasladando este resumidísimo esquema interpretativo de la historia de la filosofía a la historia de la filosofía del derecho, el giro más notorio y que quizá más haya influido en la conformación de la filosofía jurídica de los siglos XIX y XX fue el paso del iusnaturalismo clásico al positivismo jurídico. Lo propio de este giro fue, como señalan muchos, el intento por transformar al estudio del derecho en una ciencia exacta y, por lo mismo, a-valorativa.⁴ Como se ha mostrado desde distintas perspectivas, durante la segunda mitad del siglo XX se gestó, y continúa gestándose aún hoy, un nuevo giro o hito que algunos denominan el “giro interpretativo”. Muy sintéticamente, podría decirse que este nuevo cambio de timón es el resultado de la influencia de la hermenéutica en el espectro total de las ciencias, incluidos el derecho y la filosofía del derecho. En especial, es el resultado de la toma de conciencia de que el objeto es siempre interpretado por un sujeto, y del rol que le toca al

³ Una descripción muy interesante de la dinámica de la historia de la filosofía del Derecho, recogiendo y adaptando la distinción de Khun entre teorías y paradigmas, puede hallarse en Serna, Pedro, *Filosofía del derecho y paradigmas epistemológicos. De la crisis del positivismo a las teorías de la argumentación jurídica y sus problemas*, México, Porrúa, 2006, pp. 1-12.

⁴ Entre muchos otros representantes del positivismo, receptan expresamente esta pretensión de exactitud y neutralidad, aunque con matices diversos, Bobbio, N., *El positivismo jurídico*, trad. de Rafael De Asís, y Andrea Grepi, Madrid, Debate, 1993, p. 145 y ss.; Hoerster, Norbert, *En defensa del positivismo jurídico*, trad. de Jorge M. Seña, Gedisa, 1992, p. 122; Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, 2a. ed., trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 1993, p. 7; Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, 5a. ed., trad. de Genaro Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 1994, pp. 24 y ss. Fuera del positivismo destacan la pretensión de exactitud y neutralidad como notas típicas del positivismo, entre otros, Cianciardo, Juan, *El ejercicio regular de los derechos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2007, pp. 139-182; Kaufmann, Arthur, “Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho”, trad. de Gregorio Robles Morchón y M. Virginia Martínez Bretones, en Kaufmann, Arthur y Hassemer, Winfried, (eds.), *op. cit.*, p. 68 ss.; Viehweg, Theodor, *cit.*, p. 54.

sujeto —su historia, su contexto, sus pre-conceptos— en la relación de conocimiento.⁵

Una consecuencia aún no del todo profundizada de este cambio fue el viraje dentro del positivismo jurídico analítico inglés, desde una perspectiva de estudio “externa” del derecho hacia lo que Hart denominó “la perspectiva interna”. Durante mucho tiempo el positivismo se había empeñado en distinguir al derecho de otros órdenes normativos, y en particular de la moral, a partir de elementos “externos”, como la coacción, el origen social de la norma, la forma interna de la norma (imperativo). Especialmente en Hart y su discípulo Raz, la distinción entre el derecho y la moral se concentró, en cambio, de modo primario en la perspectiva interna, tratando de responder a la siguiente pregunta: ¿ofrece el derecho motivos para obrar distintos de los motivos que ofrece la moral? En muy resumidas cuentas, y avanzando hacia la concreción del objeto de este trabajo, este viraje supuso una atención a las “razones para obedecer al

⁵ La expresión “giro interpretativo” está tomada de Bohman, James, F., Hiley, David, R. y Shusterman, Richard, (“Introduction: The interpretive Turn” en Bohman, James, F. *et al.*, (eds.), *The Interpretive Turn*, Ithaca, Londres, Cornell University Press, 1991, p. 1. Sobre la preocupación central de la hermenéutica por delimitar o fijar el rol del sujeto, en especial pero no únicamente en las llamadas “ciencias del espíritu”, Paul Ricoeur explica que “con Schleiermacher y Dilthey, el problema hermenéutico se convierte en un problema filosófico, (...). ¿Cómo la vida, expresándose, podría objetivarse? ¿Cómo, objetivándose, da lugar a significaciones susceptibles de ser retomadas y comprendidas por otro ser histórico que sobrelleva su propia situación histórica?”, en Ricoeur, Paul, *El conflicto de las interpretaciones*, trad. de Falcon, Alejandrina, México, Fondo de Cultura Económica, 2003, pp. 10 y ss. Con especial referencia al derecho, la preocupación por el papel del sujeto se manifiesta en el intento por fijar el espacio para la “creatividad” del intérprete, como señalan, por ejemplo Betti, Emilio, *Interpretazione Della Legge e Degli Atti Giuridici*, 2a. ed., Milán, Dott. A. Giurfrfrè Editore, 1971, pp. 21 y ss.; Kaufmann, Arthur, “Filosofía del derecho, teoría del derecho, dogmática jurídica”, *cit.*, p. 41; Serna, Pedro, “Introducción” a Serna, Pedro, (ed.), *De la argumentación jurídica a la hermenéutica*, Granada, Comares, 2005, p. 2; Zaccaria, Giuseppe, *Questioni Di Interpretazione*, Cedam, Padova, 1996, pp. 162 y ss. Estudié el lugar de la creatividad interpretativa en la filosofía anglosajona actual en Zambrano, Pilar, *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*, México, UNAM, 2009.

derecho”, hasta ahora descuidada en el seno del positivismo analítico”.⁶

El estudio del derecho a partir del concepto “de razón para la acción” se constituyó rápidamente en un eje central del debate ius-filosófico, especialmente en el ámbito anglosajón, muy probablemente por las ambigüedades e imprecisiones que suelen acompañar a cualquier cambio conceptual drástico.⁷ En este contexto, en este trabajo me propongo examinar en qué medida este giro hermenéutico o interpretativo incide en la tradición ius-naturalista del derecho heredera de Aquino, que se cualifica por la triple pretensión de que existen bienes humanos básicos, que la moralidad del obrar humano se juzga por su vinculación con estos bienes, y que puede predicarse la verdad o falsedad de este juicio moral.⁸

⁶ Cfr. Hart, Herbert, L., *The Concept of Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 56 y ss. Aunque la casi totalidad de la obra de Raz constituye un análisis del derecho desde la perspectiva interna, entre algunos de los trabajos más específicamente dirigidos a desarrollar este punto pueden nombrarse los siguientes: Raz, J., *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, 1975, reeditado en 1990 por Princeton University Press, y en 1999 por Oxford University Press; *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Clarendon Press, 1979, que se cita aquí en la versión en español *Razón práctica y normas*, trad. de J. Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991; *The morality of Freedom*, Clarendon Paperbacks, Nueva York, Oxford University Press, 1986, caps. 1-4; “Reasoning with Rules”, *Current Legal Problems*, 54, 2001; “Incorporation by Law”, *Legal Theory*, 10 (2004); y “The Problem of Authority. Revisiting the Service Conception”, *Minnesota Law Review*, 90, 2006.

⁷ Sobre el giro que representa la obra de Hart en la filosofía del derecho positivista y no positivista, y sobre el carácter relativamente inexplorado de las consecuencias de este giro puede confrontarse Burton, Steven, “The Work of Joseph Raz: Law as Practical Reason”, *Southern California Law Review*, 62, 1989, p. 748; y, algo más reciente, Perry, Stephen, “Symposium on Natural Law and Natural Rights: Law and Obligation”, *American Journal of Jurisprudence*, 50, 2005, pp. 264 y 265. Sobre las ambigüedades en la concepto raziano de “razón excluyente para la acción”, pueden consultarse Moore, Micheal, S., “Symposium: The Works of Joseph Raz: Authority, Law, and Razian Reasons”, *ibidem*, pp. 854 y ss., y Perry, Stephen, R., “The Works of Joseph Raz: Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory”, *ibidem*, pp. 941 y ss. Las respuestas de Raz a estas observaciones pueden consultarse en Raz, Joseph, “Symposium: The Works of Joseph Raz: Facing Up: A Reply”, *ibidem*, pp. 1156 y ss.

⁸ Sobre esta caracterización puede consultarse Finnis, John, «Introduction» a *Natural Law*, Finnis, John (ed.), *Natural Law*, Nueva York, New York University Press, 1991, p. 1.

Cabría preguntarse: ¿es realmente un giro para esta tradición? o ¿el iusnaturalismo tomista siempre se había preguntado por las razones del derecho? No se pretende aquí, sin embargo, responder esta pregunta de modo acabado, pues ello exigiría un estudio global del iusnaturalismo que excede con amplitud el espacio de este trabajo. El objetivo, más limitado, se cierne a evaluar el impacto del llamado “giro interpretativo” en el pensamiento de John Finnis, como uno de los principales representantes actuales de la tradición central o ius-naturalista. La elección de Finnis no obedece únicamente a su importancia como representante del ius-naturalismo, sino también, y de forma fundamental, al hecho biográfico de que Finnis fue discípulo de Hart, lo cual le permitió heredar de su maestro el aparato conceptual propio de este giro “hermenéutico o interpretativo”.⁹ Concretizando un poco más, se pretende responder a la siguiente pregunta: ¿cómo introduce Finnis en su teoría ius-naturalista del derecho la idea hartiana y raziana de que el derecho proporciona razones excluyentes para la acción?

La búsqueda de una respuesta exigirá abordar, al menos, los siguientes ejes temáticos. En primer lugar, el concepto genérico de razón para actuar y su distinción de otras motivaciones posibles para la acción. Seguidamente, y asumiendo con Finnis que el derecho proporciona un tipo especial de razón para la acción, se intentarán identificar los rasgos propios de la razón jurídica para obrar, que la diferencian de otro tipo de razones para la acción. Este nivel de indagación conducirá al análisis de los conceptos correlativos de autoridad y obligación en referencia al derecho. Este análi-

⁹ También destacan la cualidad conciliadora de Finnis entre tradiciones opuestas, entre muchos otros, Bix, Brian, “On the Dividing Line Between Natural Law Theory and Legal Positivism”, *Notre Dame Law Review*, 72, 2000, 1624; Di Blasi, di Fulvio, *John Finnis*, Palermo, Phronesis, 2008, p. 4; Orrego Sánchez, Cristóbal, *Análisis del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural*, México, UNAM, 2005, p. 183; Pereira Sáez, Carolina, *La autoridad del derecho. Un diálogo con John Finnis*, Granada, Comares 2008, pp. 19 y ss.; Scandroglio, Tommaso, *La Legge Naturale in John M. Finnis*, Editori Riunit University Press, 2008, p. 15.

sis, por último, manifestará algunas ventajas descriptivas y justificativas de la propuesta finnisiana, en especial respecto de la tradición ius-positivista, pero también algunas debilidades descriptivas e inconsistencias teóricas, que se presumen ligadas a su dificultad para conciliar el aparato conceptual heredado de la tradición iuspositivista con el aparato o esquema conceptual heredado de la tradición iusnaturalista y, más ampliamente, con la epistemología práctica tomista que recoge esta tradición.

II. LAS MOTIVACIONES PARA ACTUAR: RAZÓN DIRECTIVA,
RAZÓN MORAL, Y EMOCIÓN O INTERÉS

1. *Razón pre-moral y razón moral*

Interpretando la teoría tomista del acto humano voluntario, Finnis comienza por advertir que la fuente inmediata o más próxima de la acción es la voluntad. El hombre obra, cuando obra como hombre, porque quiere obrar; y el querer es un acto de la voluntad, no del conocimiento. Sin embargo, el hombre no puede querer algo que no conoce. Por ello, se apura a aclarar con Aquino que la voluntad o el querer se activa por el conocimiento.¹⁰ Pero ¿el conocimiento de qué? ¿Qué tipo de conocimiento es el que despierta o activa al querer? Más concretamente, ¿qué objeto conocido inclina a querer obrar en pos de sí?

La respuesta de Finnis, como la de Aquino y antes Aristóteles, asume un concepto teleológico de acción, donde el bien se constituye en fin necesario de todo obrar. El obrar se activa siempre en pos de un fin, y el fin que activa el “querer obrar” es el bien *conocido*: cada vez que obramos buscamos o apetecemos realizar algo que se nos representa como bueno. Pero, ¿qué es, pues, aquello que llamamos “bueno” y que motiva a obrar? La respuesta inicial es, de

¹⁰ Cfr. Aquinas, *Moral, Political, and Legal Theory*, Oxford University Press, 1998, p. 62.

manera obvia, tautológica: el bien es lo que se apetece o quiere. Sin embargo, Aristóteles, Aquino y Finnis agregan algo más: todo ser apetece o quiere la perfección o la realización de sus tendencias u operaciones naturales.¹¹ El hombre, pues, como todo ser que posee algún grado de control sobre sus operaciones, quiere y desea como fin del obrar lo que cognitivamente percibe como bueno, y aquello que cognitivamente percibe como bueno son los fines o perfecciones de sus operaciones naturales.¹²

Pero el hombre es una unidad substancial de cuerpo y alma, por lo cual posee dos órdenes de tendencias u operaciones, las sensibles y las intelectuales. A cada una de estas dimensiones tendenciales le corresponden dos clases de fines perfectivos; cada una de estas dos clases de tendencias y fines se corresponden a su vez con dos clases de conocimiento; y, por último, a estos dos órdenes de conocimiento le siguen dos clases de apetitos o modos de querer. A la dimensión sensible del hombre le corresponde la perfección en el orden de lo sensible, que es receptada o captada como “bien” por el conocimiento sensible y que, por último, es apetecida afectiva, emocional o sentimentalmente. A la dimensión espiritual o racional, le corresponde la perfección espiritual o racional, que es conceptualizada como

¹¹ Cfr. *Ibidem*, pp. 29-34; 62-70; 90 y ss. Aunque la advertencia del carácter teleológico del obrar humano y de la confluencia entre teleología y naturaleza es fundamentalmente un aporte de Aristóteles, en su *Ética a Nicómaco*, Tomás de Aquino interiorizó de modo completamente original esta perspectiva teleológica, señalando que la determinación de la especie del acto humano, o si se quiere, de “lo que se hace” al obrar, depende de cuál sea el fin (y el medio) al que se orienta internamente la acción, mediante la intención y la elección. Cfr. Tomás de Aquino, *Suma teológica*, I-II, qq. 6-21, especialmente, q. 12. Para un estudio sobre las fuentes de Tomás de Aquino en este tema, Cfr. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, 2a. ed., Madrid, BAC, 1994, pp. 17-24. Sobre la novedad del planteo tomista, Cfr. Rafael Larrañeta Olleta, “Introducción general a la I-II”, en *ibidem*, pp. 8 y ss.

¹² Cfr. *Aquinas*, “Moral, political...”, *cit.*, pp. 90-92. Es preciso aclarar que en su interpretación de la obra tomista, Finnis aduce expresamente que su teleología difiere de la teleología aristotélica al menos en dos aspectos. Primero, los fines a los que se dirige el obrar humano están conformados por, y son realizables por, elecciones moralmente correctas. Segundo, no hay un único fin sino muchos fines naturales a los que tiende el obrar humano. Cfr. Grisez, Germain *et al.*, “Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends”, Notre Dame, *American Journal of Jurisprudence*, 32, 101.

buena por el conocimiento racional, y es querida o apetecida por la voluntad.¹³

Dicho esto, vale reformular entonces la pregunta inicial acerca del modo en que la razón mueve a la voluntad a *querer obrar* ¿qué tiene de específico el bien, en tanto percibido como tal por la razón, y en qué se distingue del bien o fin, en tanto percibido como tal por el conocimiento sensible? Dado que la razón o inteligencia es una facultad cognitiva conceptual, el bien determinado por la razón, a diferencia del bien determinado como tal por el conocimiento sensible, supone una referencia a una definición general, abstracta o conceptual de lo bueno o apetecible. Por ello, decir que el hombre conoce el bien racionalmente es decir que mediante su razón o inteligencia el hombre capta o advierte que los objetos o fines de sus tendencias naturales o específicas son “bienes en sí mismos”. Y decir que el hombre quiere el bien conocido intelectualmente como fin de obrar, es decir que entiende o capta que, en el obrar, se participa de algún modo de la noción de bien.¹⁴

Esta tendencia voluntaria hacia bienes “rationales” o inteligibles como fin del obrar se manifiesta en expresiones tales como “aunque tengo ganas de comer dulces, no quiero hacerlo, porque sé (racionalmente) que comer dulces en exceso afecta a mi salud”. La salud aparece aquí como un bien “objetivo”, que no precisa de ninguna justificación ulterior y que se independiza y diferencia del deseo, afecto o interés, como dimensión tendencial subjetiva y particular. Pero esta misma noción de lo “bueno en sí” podría, en algún caso, mover a obrar de modo contrario: “Tengo ganas de comer dulces y voy a hacerlo a pesar de que perjudica mi salud, pues quiero sentir placer”. El placer, en lugar de la salud, se percibe en este caso como un bien en sí que no precisa de justificación ulterior.

Este sencillo ejemplo sirve como muestra de que la conceptualización de los fines naturales como bienes en sí mis-

¹³ Cfr. Aquinas, “Moral, political...”, *cit.*, pp. 72 y ss.

¹⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 79 y 80.

mos activa o moviliza a la voluntad a *querer obrar* del modo más radical o fundamental en dos sentidos. Por una parte, sin esta captación primera de lo bueno en sí, el hombre no se movería a actuar en absoluto. Como se dijo, la voluntad o el querer es el motor inmediato del obrar en el hombre, pero la voluntad de obrar sigue a la razón de “bien”. Si el obrar no se advierte racionalmente de ningún modo como bueno, no hay posibilidad alguna de *querer* obrar ni, por tanto, de obrar.¹⁵ Por otra parte, cuando el hombre se dispone a obrar no posee libertad para desentenderse o desinteresarse de aquello que ve, entiende, o capta racionalmente como un bien o fin en sí mismo. Puede ser libre de obrar o no en pos del fin, pero no es libre de elegir un modo de obrar por otros motivos que no sean la razón de bien.¹⁶ Como se verá más adelante, y en parte sugiere el ejemplo propuesto, la sensibilidad no contradice esta tendencia, sino que se integra en ella: el hombre no puede obrar en pos de un bien conocido y querido sensible o afectivamente, si esta tendencia no es asumida voluntariamente como fin del obrar ni si, antes, la razón no asume el bien sensible como “bueno” desde su propia perspectiva.

Finnis identifica una lista (que ya devino clásica tanto para sus discípulos como para sus detractores) de siete fines tendenciales, que la razón conceptualiza como valores o bienes intrínsecos: la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la amistad, la razonabilidad práctica en el actuar y la religión.¹⁷ Esta captación básica o primaria de la bondad o atractividad de los fines de las tendencias naturales, se sustantiva o materializa en una serie de principios que se caracterizan por tres notas. Son “pre-morales”, “directivos” y “evidentes”.

¹⁵ Cfr. *ibidem*, p. 70.

¹⁶ Cfr. Finnis, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. de Orrego, Cristóbal, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pp. 121-123 (en lo que sigue se citará por las siglas *LNDN*).

¹⁷ Cfr. *LNDN*, pp. 117-121.

Son “pre-morales” pues no están cargados de imperatividad o normatividad alguna: se limitan a mostrar el carácter apetecible o, si se quiere atractivo, de los fines de las tendencias naturales. Pero aunque estos principios no sean imperativos son prácticos y directivos, pues indican, de modo genérico y sin especificar aun cómo actuar en concreto, cuáles son los fines a los cuales conviene —aunque no aún “debe”— adecuar el propio obrar. Los principios son además evidentes, explica Finnis, pues la conceptualización como “bienes” de los fines naturales no se deriva de su relación con algún otro bien o fin, sino que se capta intelectualmente de modo inmediato.¹⁸

Hasta aquí, una razón para la acción podría definirse provisoriamente como la percepción, a través de principios pre-morales y evidentes, de que la acción permite realizar algún bien o valor humano básico.¹⁹ Esta ligazón racional o inteligible entre el obrar y los bienes o valores básicos es, precisamente, lo que transforma a la razón en un motivo o motor para obrar.

La dependencia necesaria entre la voluntad y la conceptualización racional previa del bien como fin del actuar explica, como se dijo, que el hombre no sea libre de querer o no querer realizar algún bien o valor humano básico en su obrar. Si obra, lo hace en pos de algún bien o valor humano básico. Pero los bienes básicos son muchos, y son muchos también los modos de realizar en las circunstancias concretas cada uno de estos bienes. De forma que si la razón ha de constituirse en guía y motivo para *querer* obrar, debería también intervenir en la elección del modo de obrar concreto que permita realizar en las circunstancias todos aquellos bienes integralmente. Ambas precisiones, que la razón no mueve por sí misma a obrar, sino por medio de la voluntad; y que la razón juzga acerca del modo concreto de realización de los

¹⁸ *Cfr* Aquinas, “Moral, political...”, *cit.*, pp. 86- 89; *LNDN*, pp. 94 y ss.

¹⁹ *Ibidem*, p. 78.

variados bienes humanos básicos, constituyen la raíz más profunda de la libertad humana, señala Finnis.²⁰

Este juicio intelectual del modo concreto de obrar que conduce a una realización humana integral configura una segunda función motivadora de la razón. La razón no sólo muestra o capta cuáles son los bienes últimos a los que conviene dirigir el obrar, sino también cuál es o cuáles son, en cada caso concreto, los modos posibles de que la acción o el obrar conduzcan a una realización humana integral, y no meramente a la realización aislada de algún bien humano básico. Esta capacidad de la razón para juzgar y guiar el obrar humano en las circunstancias hacia una realización humana integral es en sí misma un bien humano básico, recogido en un principio pre-moral. A saber, el bien humano básico de la razonabilidad práctica. Lo cual es tanto como decir: el hombre quiere o apetece, de forma necesaria, realizar los bienes humanos de modo armónico o integral, y quiere o apetece *saber elegir* (juzgar) la forma de obrar que conduce, en las circunstancias concretas, a su realización integral.²¹

En esta aplicación de la segunda función de juzgar cuál es la mejor elección, la razón adquiere carácter moral o imperativo: capta los bienes humanos básicos no sólo como queribles o apetecibles, sino también como fines *necesarios* y por tanto mandados u obligatorios.²² Más propiamente, lo que se percibe intelectualmente como obligatorio es la realización humana integral en uno mismo o en el prójimo.²³ Esta percepción intelectual general se formaliza a través de una serie de exigencias morales que en conjunto conforman lo que Finnis denomina el “método de la moral” para elaborar la ley natural (moral) a partir de los principios pre-morales.²⁴ Muy sintéticamente, estas exigencias obligan a concebir un plan de vida coherente, que conduzca a una

²⁰ *Ibidem*, p. 70.

²¹ *Ibidem*, pp. 106-107; *LNDN*, pp. 132-134.

²² *Ibidem*, p. 127; *LNDN*, p. 132.

²³ *Ibidem*, pp. 124-125; *LNDN*, p. 132.

²⁴ *Cfr. LNDN*, p. 134.

realización armónica y balanceada de todos los bienes básicos, sin hacer distinciones arbitrarias entre las personas y respetando en todo acto, sin excepción, la integridad de los bienes básicos propios y ajenos.²⁵

De forma que, según lo dicho hasta aquí, el concepto de “razón para actuar” tiene una acepción que podríamos denominar “amplia”, y otra “estricta”. En su acepción amplia, una razón para obrar o para actuar significa la función motivadora de la razón con relación a la voluntad, en tanto y en cuanto muestra algún vínculo entre el obrar y algún o algunos bienes humanos básicos. Desde esta perspectiva, se denomina *razonable* a cualquier obrar que, con o sin fundamento real, esté motivado por la voluntad de actualizar alguno de estos bienes o valores básicos. En este primer sentido amplio de “razón para obrar”, podría decirse que el hombre actúa siempre de modo razonable, salvo que haya perdido el uso de la razón. Aun cuando hace el mal, el hombre lo hace movido por la “razón de bien”, no en sentido moral, sino en sentido pre-moral. Y esta razón amplia lo que, por otra parte, le imprime inteligibilidad al obrar: el obrar de terceros se torna comprensible en la medida en que se lo liga con algún bien o valor básico.²⁶

En un sentido más restringido, la expresión “razón para obrar” significa la función motivadora de la razón cuando juzga que un modo de actuar conduce a la realización humana integral. Desde esta perspectiva, se obra razonablemente si y sólo si se respetan las exigencias morales de la razonabilidad práctica.²⁷

2. Razón y emoción

Queda aún por explicar cómo se intersecta la dinámica motivadora intelectual, en su doble versión amplia y estricta-

²⁵ Cfr. *LNDN*, cap. V, *passim*.

²⁶ Cfr. *LNDN*, p. 94; *Aquinas*, “Moral, political...”, *cit.*, p. 104.

²⁷ Cfr. *LNDN*, pp. 134 y ss.

ta, con la dinámica motivadora emocional. Siguiendo el principio metafísico de que cada ser obra según su diferencia específica, y teniendo en cuenta que la razón es la facultad más propia del hombre, es fácil concluir que los bienes sensibles no mueven o motivan a obrar sino cuando la razón los recoge o recepta también como bienes, desde su propia perspectiva conceptual. Sobre la base de este principio, explica Finnis en su interpretación de la teoría tomista del acto humano voluntario, que la emoción interactúa con la razón en el orden motivacional, por lo menos de cuatro modos.

En algunos casos (i), la emoción “nubla” a la razón o la confunde, por así decirlo y la inclina a presentar como razonable en sentido estricto o moral, lo que en verdad sólo es emotivamente bueno. Esto es lo que, en el orden psicológico se suele denominar “racionalización” de motivaciones emocionales.²⁸ Así, por ejemplo, un esposo infiel puede justificar su infidelidad en razones aparentemente morales del tipo “en verdad fue mi mujer quien rompió previamente el compromiso, con su frialdad e indiferencia y como todo hombre, tengo derecho a realizarme en la dimensión afectiva de mi vida”. En este tipo de argumentación la emoción mueve a obrar disfrazada, por así llamarlo, de motivaciones racionales en sentido estricto: la emoción o afectividad se viste de razón moral, y no meramente de razón pre-moral.

En muchos otros casos, la razón pre-moral alcanza por sí misma para movilizar a obrar, aun cuando se albergue la convicción firme de que no es una razón para obrar en sentido moral o estricto, por su incompatibilidad con las exigencias básicas de la razón práctica.²⁹ Es lo que sucedería

²⁸ *Cfr. Aquinas*, “Moral, political...”, *cit.*, pp. 73 y 74.

²⁹ Aunque Finnis no incluye este supuesto en la clasificación de los modos de interacción entre razón y emoción desplegada en *Aquinas*, que aquí se sintetiza, su exclusión podría sugerir que la razón moviliza a obrar únicamente cuando adquiere fuerza moral, lo cual no se compadece con la teoría general descrita hasta aquí acerca de la razón en sentido amplio como motivo para la acción. De algún modo, por otra parte, este supuesto de interacción es el que Finnis utiliza para explicar cuál es el error del utilitarismo o consecuencialismo, que no consiste tanto proponer opciones plenamente irrazonables de acción, sino más bien opciones irrazona-

en este mismo caso de infidelidad si el sujeto adujese “sé que no está bien, pero aún así lo quiero pues el deseo de satisfacción afectiva (que podría tomarse como una instancia del bien o valor básico de la amistad) es dominante en mí”.

En otros supuestos (ii), la emoción sirve como parámetro válido para escoger entre opciones que desde el punto de vista de la razón (moral) tomada en sentido estricto, son igualmente válidas.³⁰ Una vez que se han descartado los modos de obrar que satisfacen el deseo, pero que son inaceptables porque la razón los juzga incompatibles con algún bien humano básico, la elección se puede y suele definir de modo emocional o sensible. Entre distintas alternativas de obrar igualmente buenas, es razonable que se opte por la que más satisfacción sensible, emoción o interés genere.

En tercer lugar (iii), la motivación emocional o afectiva puede —y suele en el caso de las personas virtuosas— acompañar y fortalecer las motivaciones razonables en sentido estricto (morales) para obrar.³¹ Por último (iv) la motivación emocional o afectiva en algunos casos contraría, sin desvirtuar ni torcer, la motivación racional o razonable.³² Es lo que ocurre cuando aquello que desde el punto de vista moral o razonable se presenta como bueno e incluso obligatorio supone la destrucción o el peligro grave para la dimensión sensible del hombre: un soldado que debe arriesgar su vida en la batalla; un padre que quiere y debe arriesgar su vida por su hijo, etcétera.

La motivación racional en sentido estricto, por lo dicho, puede secundar una motivación emocional, mostrándola

bles en sentido estricto que, sin embargo, conservan la razonabilidad en sentido amplia, sin la cual no podrían mover a actuar dada su carencia de atractivo para la voluntad. *Cfr.* en este sentido Finnis, John, “The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 1, pp. 115-137, reimpreso en Finnis, John (ed.), *Natural Law*, *cit.*, p. 275, n. 43.

³⁰ *Cfr.* “Moral, political...”, *cit.*, pp. 76 y 77.

³¹ *Ibidem*, pp. 74 y 75.

³² *Ibidem*, p. 76.

como legítima (ii y iii); o puede contrariar una motivación emocional, mostrándola como ilegítima (iv). Los afectos o la sensibilidad no mueven a obrar por sí mismos, sino que en todo caso mueven a querer obrar en pos de sí. Dicho más sencillamente, el hombre puede querer dejarse guiar por los sentimientos, aun cuando identifique razones morales que muestran que estos sentimientos no conducen a una realización humana integral. Y esto puede ocurrir de dos formas. O bien, el afecto nubla a la razón moral, como sucede en los casos de “racionalización” de la emoción; o bien el afecto se sirve sólo de razones en sentido amplio para mover a obrar.

Recapitulando, la voluntad de obrar o de actuar se activa en el hombre por lo que racionalmente se ve o determina como bueno. Pero lo bueno según la razón tiene dos acepciones, una amplia, y otra estricta. En su acepción amplia, es racionalmente bueno cualquier obrar que conduzca a la realización de algún bien humano básico. En su acepción estricta, es racionalmente bueno cualquier obrar que conduzca la realización humana integral, lo cual ocurre cuando el hombre obra guiado por las exigencias morales de la razón práctica. Junto a la razón, la emoción, el afecto o el interés también motiva o activa la voluntad de obrar. Pero no lo hace por sí misma, sino con la intermediación de la razón, en su acepción amplia o estricta, según que el bien emocional o afectivamente definido se corresponda o no con la realización humana integral.

El acto humano voluntario es, pues, el resultado de una compleja interacción entre la razón que “ve” lo que merece ser realizado; la emoción que fortalece la motivación racional, la contraría sin frustrarla, o la “engaña”, disfrazando motivaciones emocionales de una racionalidad impostada; y la voluntad o el apetito de realizar el bien presentado como tal por la razón. En este complejo esquema la libertad es posible porque el hombre no capta intelectualmente un único bien pre-moral que merezca ser apetecido como fin del obrar, ni un único medio capaz de conducir a la realización

del fin; sino una multiplicidad de bienes-fines y bienes-medios. Algunos de estos fines y medios son real o verdaderamente conducentes a la realización integral de los bienes o valores humanos básicos. En estos supuestos, existen razones en sentido estricto para obrar. El sujeto no sólo obra movido por la razón, sino por la razón de “bien moral”. En otros supuestos no existen razones en sentido estricto, sino razones en sentido amplio. La libertad radica en la capacidad de “elegir” entre uno u otro tipo de razones como fin del obrar —intención mediata— y/o como medio —intención próxima— para un fin.³³

III. EL DERECHO COMO RAZÓN PARA LA ACCIÓN

Siguiendo a Raz, Finnis entiende que el derecho o, más precisamente, las normas jurídicas positivas son el modo de expresión de la autoridad política. De forma tal que la pregunta ¿qué tipo de motivación para obrar genera el derecho? es igual a la pregunta ¿cómo motiva la autoridad política a obrar?, ¿qué quiere decir que alguien obra motivado por la autoridad?

Finnis responde acogiendo el concepto de autoridad de Joseph Raz, según el cual, “una persona trata algo como autoritativo, si y sólo si lo trata como dándole suficiente razón para creer o actuar de acuerdo con ello, a pesar de que ella misma no encuentre ningún otro motivo convincente para creer o actuar en este sentido.³⁴ En palabras de Raz, si lo trata como una razón excluyente para la acción”.³⁵ “Razón” y “exclusión” son pues los dos elementos que cualifican de modo inicial este concepto raziano de autoridad, y que Finnis toma como punto de partida para la elaboración de su propia teoría de la capacidad del derecho para moti-

³³ Cfr. Aquinas, “Moral, political...”, *cit.*, p. 70.

³⁴ Cfr. *LNDN*, p. 234.

³⁵ Cfr. entre muchos otros trabajos de Raz donde define este concepto, Raz, Joseph, *Razón práctica y normas*, trad. de Ruiz Manero, J., Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 17-54.

var a actuar. El derecho (o la autoridad, utilizaremos estos dos términos intercambiables en este discurso) es una clase de razón para obrar, entre otras razones: es una razón excluyente para obrar.

Pero que el derecho o las normas jurídicas constituyan “razones para actuar” puede significar cosas distintas, según que el concepto de “razón” se tome en sentido amplio o estricto. En sentido amplio, significaría que quien obra movido por el derecho capta o advierte algún tipo de relación causal entre el cumplimiento de las normas jurídicas y el desarrollo de los bienes humanos básicos, considerados aisladamente y por lo mismo, sin referencia a la realización humana integral.

Sería en primer lugar el caso de quien obedece al derecho por mero temor al castigo, como en el planteamiento positivista clásico de Austin, que constituye el punto de partida para la crítica de Hart.³⁶ Otra posibilidad, algo más elaborada, es sostener como hace Alf Ross, que el derecho es algo así como una maquinaria eficiente destinada a ejercer poder o coacción con visos —y sólo con visos— de autoridad, gracias a su capacidad para racionalizar sentimientos de temor. En este supuesto, el derecho sería una razón en sentido amplio vestida de razón en sentido estricto.³⁷ Contra esto, tanto Finnis como Raz sostienen que el caso central de la autoridad jurídica se da no sólo cuando los que están sujetos a la misma disfrazan emociones de razones morales, sino cuando efectivamente hay razones en sentido estricto o moral para obedecer.³⁸

A partir de esta coincidencia inicial con Raz, Finnis se propone explicar cuál es el fundamento último que permite

³⁶ Cfr. Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined*, edición a cargo de David Campbell y Phillip Thomas, Vermont, Ashgate Publishing Comp., 1998, p. 11; Hart Herbert, L., *op. cit.* cap. I., Bobbio, Norberto, *op. cit.*, p. 118.

³⁷ Cfr. Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia*, trad. de Carrió, Genaro, Buenos Aires, Eudeba, pp. 69-72.

³⁸ Cfr. LNDN, pp. 265 y 266; y, entre otros muchos trabajos del autor, Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, *op. cit.*, cap. 3.

afirmar que el derecho realmente posee autoridad.³⁹ Esto es, que el derecho puede considerarse en todo o en parte como fuente de razones en sentido moral o estricto para actuar, y no meramente como fuente de temor o de interés disfrazado de razón (o razones en sentido amplio). Comienza por ligar la autoridad con la eficacia: la autoridad es el modo más apropiado, o más bien el único posible, para realizar el bien común de una comunidad completa.⁴⁰ Pero esta constatación fáctica puede servir para demostrar que la autoridad “conviene”, si asumimos el principio hipotético previo de que queremos eficacia en la gestión del bien común. Si lo que se pretende mostrar es, en cambio, que la autoridad es capaz de generar una “razón” moral o estricta para actuar, el hecho de la eficacia debería aparecer como parte de una argumentación normativa, cuya premisa mayor sea uno o algunos de los primeros principios del razonamiento práctico moral.

De algún modo, la concepción piramidal del orden jurídico representada por Kelsen parte también de la advertencia de que la eficacia es un hecho del cual no puede derivarse lógicamente la validez de una norma, salvo que uno esté dispuesto a cometer la falacia naturalista denunciada por Hume. Kelsen vislumbró que la superación de este escollo lógico exigía fundar la validez de las normas jurídicas en otras normas que, o bien se justifican en sí mismas por su propia evidencia o razonabilidad, o bien se justifican por su relación con un tercer estadio de normas. Ni una ni otra opción se adecuaba al proyecto kelseniano. La primera, porque implicaba volver al camino transitado por el iusna-

³⁹ La coincidencia con Raz no es completa. Raz sostiene que la autoridad moral del Derecho proviene enteramente de la práctica de cooperación en sí, y no en cambio del hecho de que la práctica haya sido normativizada por el Derecho como, según se verá, pretende Finnis. Cfr. sobre esta disputa Finnis, John, «The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory», en Finnis, John (ed.), *Natural Law*, *op. cit.*, pp. 259-282; y la respuesta de Joseph Raz en “The Obligation to Obey: Revision and Tradition”, *Notre Dame Journal of Law, Ethics and Public Policy*, 1, pp. 139-155; también re-impreso en Finnis, John (ed.), *Natural Law*, *cit.*, pp. 283-300.

⁴⁰ Cfr. Finnis, John, «The Authority (...)», *op.cit.*, pp. 274 y 275.

turalismo. La segunda, porque implicaba una regresión al infinito y, por lo mismo, la claudicación al intento de justificación. Kelsen inauguró pues la tercera vía, la de la “norma hipotética”, con todas las debilidades que supone hacer depender el concepto entero del sistema jurídico en una hipótesis.⁴¹

Hart, por su parte, empujó la eficacia lo más lejos que pudo, detrás de las normas secundarias. Explicó que el ciudadano obedece normas (primarias) porque se fundan en otras normas (las secundarias). Obviamente, como Kelsen, tenía que explicar cuál era el origen normativo de estas normas. Conociendo los laberintos de Kelsen, intentó una cuarta vía: la obligatoriedad no se funda en una norma hipotética, ni en una ley natural, ni en un hecho puro. Se funda en un hecho moral, por así llamarlo: la convicción moral de la gente de que obra conforme a derecho (la costumbre).⁴²

Finnis tiene la ventaja de encarar el problema desde la aceptación inicial de que existen principios pre-morales y morales prácticos razonables en sí mismos, que recogen las razones básicas para la acción. El razonamiento desde estos principios pre-morales hasta la virtualidad del derecho para generar razones morales para la acción puede desglosarse en los siguientes puntos:

1. Existe un principio pre-moral, el principio de la razonabilidad práctica, según el cual es bueno o apetecible aplicar la inteligencia a nuestra acción, de modo tal que realicemos integralmente todos los bienes o valores básicos del modo más armónico y más pleno posible.⁴³

2. En esta etapa “pre-moral” se ve también de modo evidente o indemostrable que la amistad y la justicia es un bien que merece la pena realizar; que los bienes humanos

⁴¹ Cfr. Kelsen, Hans, *op. cit.*, pp. 18-28; 201 y ss.

⁴² Cfr. Hart, Herbert, L., *op. cit.*, cap. VI. Sobre la incapacidad de la costumbre jurídica para fundar autónomamente la normatividad del derecho, sin referencia alguna a normas morales precedentes, Cfr. *LNDN*, pp. 271-273.

⁴³ Cfr. *LNDN*, pp. 133-134; Aquinas, “Moral, political...”, *cit.*, p. 83.

básicos de los otros son tan valiosos como los propios; y que, por tanto, si se pretende participar de los bienes humanos básicos conviene respetar y/o promover también los bienes humanos del prójimo.⁴⁴

3. Cuando estos principios pre-morales se aplican al obrar, se advierten algunas “conclusiones” de los principios pre-morales con fuerza normativa moral.

4. Una de estas conclusiones con fuerza moral es el principio según el cual todo hombre, en cuanto es hombre, tiene el mismo derecho que los demás a realizar en sí mismo los bienes humanos básicos. Esta exigencia, dice Finnis, se ha recogido o expresado tradicionalmente de distintos modos, como la regla de oro según la cual “debemos tratar al prójimo como a nosotros mismos”, o el principio de imparcialidad y universalidad kantiano según el cual las personas son fines en un reino de fines.⁴⁵

5. De esta exigencia práctica o moral general baja Finnis, por conclusión segunda, a la exigencia práctica o moral más concreta o específica, según la cual existe un deber de obrar con lo que Tomás de Aquino —siguiendo a Aristóteles— denomina “justicia general”: el deber de compatibilizar la realización del bien propio con en el bien de todos los que participan de la comunidad política, el bien común.⁴⁶

6. Dado que la autoridad es el único modo de gestión del bien común político, dada la imposibilidad de unanimidad, la justicia general se realiza en uno mismo cuando uno adecua su obrar, al menos en el plano de la comunidad política, a las reglas establecidas por quien gestiona el bien común (la autoridad), y no, en cambio, cuando uno pretende adecuarse en el obrar al bien común según su propia razón.⁴⁷

⁴⁴ Cfr. Aquinas, “Moral, political...”, *cit.*, pp. 111-113; 118; 132; *LNDN*, pp. 119; 171-174.

⁴⁵ Cfr. Aquinas, “Moral, political...”, *cit.*, pp. 123-129.

⁴⁶ Cfr. *LNDN*, pp. 194 y ss.; *ibidem*, pp. 132-138.

⁴⁷ Cfr. *LNDN*, pp. 261-263.

La eficiencia de la autoridad en la gestión del bien común no aparece al comienzo de este razonamiento, como premisa fáctica, sino en la conclusión de un complejo razonamiento práctico moral y podría decirse que de modo condicionado o hipotético. Si hubiera otro modo más eficiente de gestión de bien común, las exigencias o imperativos que emanaren de este otro modo de gestión del bien común serían también razones en sentido estricto o moral para actuar.

La autoridad del derecho no se asienta pues de modo único en el hecho de su eficacia para coordinar el obrar social en orden al bien común, que como todo hecho es incapaz de fundar norma alguna. Se funda, en cambio, en la premisa normativa de que “uno debe obrar conforme al bien común”, conjugada con la premisa fáctica según la cual “el único modo de obrar conforme al bien común es atenerse a los mandatos de la autoridad”.

Finnis sostiene esta premisa fáctica con el argumento de que, dada la diversidad y la complejidad de los bienes e intereses que se conjugan o sintetizan en el bien común, la autoridad política sería la única capaz de distribuir cargas y beneficios entre los partícipes del bien común con justicia proporcional o distributiva. Y sería la única capaz de hacerlo porque cuenta con la herramienta del derecho, que por sus cualidades de generalidad y perdurabilidad enlaza las cargas y los beneficios de los partícipes en el bien común, en una suerte de red o malla (*seamless web*), donde todos reciben algo proporcional a lo que dan; de forma tal que nadie está legitimado para tomar parte (la que le conviene) y dejar otra parte (la que le perjudica).⁴⁸

La descripción de la premisa fáctica, si bien se observa, permite a Finnis insertarla sin dificultades graves en el razonamiento normativo moral descrito. No es simplemente que la autoridad es el modo más eficiente de coordinar una acción colectiva que, comparada con otros beneficios parti-

⁴⁸ Cfr. Finnis, John, “The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory”, *cit.*, pp. 263 y 264.

culares, “conviene”. En cambio, el derecho (la autoridad por medio del derecho), es el único modo de coordinar con justicia distributiva el bien común y por tanto, la obediencia al derecho es el único modo de actuar con justicia legal o general (hacia el bien común).

Este fundamento de justicia distributiva y legal (*fairness*) es esbozado por Finnis tanto contra versiones utilitaristas de la “conveniencia” de obedecer al derecho, como contra el argumento de Raz de que no existe una obligación moral de obedecer al derecho en general, sino caso por caso. Contra los primeros, Finnis explica que si la fuerza motivadora del derecho sólo radicara en aquel cálculo comparativo de beneficios particulares, su justificación no sería moral, sino emocional o utilitaria. O si se quiere, meramente racional o razonable en sentido amplio. Más aún, si además no fuera posible advertir beneficio alguno en las opciones de acción alternativas, los participantes ni siquiera conservarían la libertad de elección entre obedecer y no, pues como se dijo, el hombre obra siempre movido por la razón (en sentido amplio) de bien.⁴⁹

Contra Raz, Finnis reconoce una fuerza moral global del derecho: su autoridad (y obligatoriedad) no depende de cuán necesario es el derecho para solucionar cada problema concreto de coordinación; sino más bien de su capacidad general de distribuir cargas y beneficios con justicia, en la coordinación total o completa del bien común.⁵⁰ Esta generalidad es, entre otras cosas, el mejor escape a la llamada “paradoja de la irrelevancia” del derecho justo, según la cual cuando el derecho obliga a hacer lo que la moral ya obliga de por sí a hacer, entonces es superfluo. En efecto, el derecho agrega a las razones morales una razón de justicia general o legal: no sólo debe uno abstenerse de matar o violar —por utilizar los ejemplos de Raz para ilustrar la para-

⁴⁹ *Ibidem*, p. 275.

⁵⁰ *Cfr. idem*, 262 y 263; la respuesta de Raz en “The Obligation to Obey (...)”, *cit.*, pp. 295 y 296; y la contra-argumentación de Finnis en “Law as Co-ordination”, *Ratio Juris*, 2, 1989, Universidad de Bolonia, 97-104, 102; reimpresso en Finnis, John, *Natural Law*, *cit.*, pp. 301-308.

EL DERECHO COMO RAZÓN EXCLUYENTE PARA LA ACCIÓN

doja— por respeto al derecho subjetivo a la vida de la víctima; sino también porque es una obligación de justicia para con el bien común.⁵¹

IV. EL DERECHO COMO RAZÓN EXCLUYENTE

Hasta aquí el planteo teórico de Finnis parece superar tanto las dificultades conceptuales de Kelsen para describir el concepto de validez jurídica, como las dificultades justificativas de Hart para fundar el concepto de “razón jurídica” para la acción. Finnis ha logrado mostrar con claridad que el derecho puede generar verdaderas razones (razones morales) para actuar y lo ha logrado porque su argumentación, a diferencia de las de Kelsen y Hart, no parte de premisas fácticas sino normativas. La eficacia como hecho no funda sino que concluye un complejo razonamiento que es normativo de principio a fin. Asimismo, Finnis ha logrado mostrar que, también en los supuestos en que las normas jurídicas casi reproducen textualmente las normas morales de justicia, el hecho de que la autoridad jurídica recoja estas normas morales en el derecho positivo añade una nueva razón para actuar, independiente de las primeras.

De esta justificación surge que las normas jurídicas serían algo así, por utilizar la expresión de Raz, como razones derivadas o secundarias para obrar: lo que mueve a obrar no es el contenido o la materia del mandato de la autoridad, sino el hecho de que el mandato (razón derivada) proviene de la autoridad, y constituye por ello el modo de ajustar la conducta al bien moral (razón primaria para obrar).⁵²

Ahora bien, ¿qué quiere decir exactamente que se obra por respeto a la autoridad y no por respeto a lo que la autoridad manda? La respuesta de Finnis a este interrogante se

⁵¹ Cfr. sobre esta paradoja, Raz, Joseph, “The Obligation to Obey”, *cit.*, pp. 284-287.

⁵² Cfr. entre muchos otros trabajos, Raz, Joseph, *The Morality of Freedom*, *cit.*, p. 46; y más recientemente, “The Problema of Authority; Revisiting the Service Conception”, *Minnesota Law Review*, 90, 2006, 1019.

articula en torno a dos ejes temáticos: (a) el carácter “excluyente” de las razones autoritativas; y b) la distinción entre la fuerza jurídica y la fuerza moral con que obliga el derecho.

Sobre lo primero, conviene volver sobre las palabras exactas de Finnis:

Una persona trata algo como autoritativo (...) cuando lo trata, según la útil terminología de Joseph Raz, como una razón excluyente, *i.e.*, una razón para juzgar o actuar cuando no hay o al menos no se comprenden otras razones para juzgar u obrar así; o para juzgar o actuar así desatendiendo al menos *algunas* razones que son comprendidas y relevantes en ausencia de la razón excluyente.⁵³

En el texto aparecen dos distinciones que conviene desde ahora tener presente pues, como se intentará mostrar en lo que sigue, Finnis no parece luego incorporarlas con tanta claridad en el análisis (y justificación) completo del problema de la autoridad del derecho. En primer lugar, una razón excluyente no sólo excluye otras razones para *actuar*, sino también otras razones para *juzgar* en su contra. Segundo, esta exclusión se aplica tanto cuando *no se ven* otras razones para obrar o juzgar de modo contrario, como cuando estas otras razones *se ven* o advierten.

Por poner un ejemplo, frente a la norma jurídica que obliga a respetar la velocidad máxima de 120 km. por hora en autopistas, el conductor puede identificar muchos motivos para no respetar esta velocidad: le parece *prima facie* injusto para quienes, como él, conducen un automóvil con velocidades máximas que superan ampliamente los 120 km. por hora, o desea intensamente llegar temprano a ver a su novia. Puede incluso considerar que la agilidad y la seguridad en el tránsito exigen elevar o bajar esta máxima.

Que la razón sea excluyente puede referirse por lo menos a las siguientes tres alternativas:

⁵³ Cfr. *LNDN*, p. 263.

a) Que ninguna de las consideraciones emotivas y morales formen parte de la deliberación del conductor, quien se limita a juzgar de modo directo (y excluyente), sin más deliberación o comparación entre cursos de acción, que lo que debe hacer es respetar la velocidad máxima prescrita en la norma. En este supuesto, el conductor “no ve razones”, ni en sentido amplio ni en sentido estricto para obrar de modo diferente al que prescribe la norma.

b) Que las consideraciones emotivas y morales formen parte de la deliberación del conductor, pero no en cambio del juicio moral acerca de lo que debe hacerse. El conductor advierte que hay motivos para obrar de diferentes modos, los compara entre sí desde el punto de vista moral y de la razón en sentido amplio, y luego juzga cuál de estos modos de obrar es el que obliga moralmente. En este supuesto, el conductor “ve” otras razones en sentido amplio (o emociones) para obrar, y razones que, al menos *prima facie*, se le presentan como morales. Pero la norma positiva se le presenta como una razón para negar el *status* moral de todas estas otras razones (amplias y estrictas), por su incompatibilidad con la razón excluyente (la norma jurídica). Aunque se ven otras razones, no entran en el juicio acerca de lo que debe hacerse.

c) Que estas consideraciones emotivas y morales formen parte tanto de la deliberación como del juicio moral y el conductor las juzgue como verdaderas razones morales para obrar. Aún así, se decide a obrar según lo que prescribe la norma excluyente. En este caso, que la norma sea excluyente significa que es una razón para *obrar* según lo que manda o impera, aun cuando también existan otras razones (morales) *para obrar* de otro modo.

Este esquema de posibilidades genera el siguiente interrogante: ¿cuán excluyente es una norma jurídica y especialmente, cuán excluyente respecto de las razones morales que surgen de un juicio acerca de la moralidad *prima facie* y definitiva para obrar de modo distinto o contrario a lo que

establece la norma jurídica? ¿La norma jurídica es una razón excluyente en el sentido (a), (b), (c), o en todos?

En la respuesta a esta pregunta Finnis distingue según que el interrogador se sitúe en la perspectiva del derecho como práctica social o en la perspectiva moral. Esta distinción de perspectivas se manifiesta, según Finnis, en dos modos de obligar de las normas jurídicas. En el plano jurídico, las normas jurídicas se propondrían generar obligaciones “invariables”, mientras que en el plano moral el derecho tendría la capacidad de generar obligaciones *prima facie*, y por tanto variables.⁵⁴

Según Finnis, lo propio de las normas jurídicas, es que “cortan el flujo del razonamiento práctico”. La práctica social jurídica se “sirve” o “aprovecha” de la conclusión última del razonamiento práctico del buen ciudadano que va desde los principios pre-morales hasta la conclusión de que, por su eficiencia en la gestión del bien común, es moralmente obligatorio ajustar la conducta a lo que establece la autoridad. Sin embargo, sólo toma la conclusión, y una vez hecho esto, exige de este ciudadano (y de los demás) que corte el flujo del razonamiento práctico para siempre.⁵⁵

La conclusión del razonamiento moral que justifica la autoridad sería pues —en principio y salvo contadas excepciones— la única razón moral de que se servirían las razones jurídicas *desde el punto de vista del derecho*, para guiar la conducta o el obrar humano. Estas son las “reglas del juego” del derecho, por utilizar la analogía de Wittgenstein. De esta forma, la obligación de obedecer al derecho es, desde el punto de vista de la práctica jurídica, invariable. Se mantiene siempre, pues no se ven y por tanto no existen, desde el punto de vista jurídico, otras razones (el razonamiento práctico cortó su flujo en la conclusión de que es obligatorio moralmente obedecer a la autoridad) para obrar de modo diferente. Si el derecho “corta el flujo del razonamiento práctico”, parece que su nivel de exclusión se situaría en el

⁵⁴ Cfr. *LNDN*, pp. 335-346.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 343.

grado (a) de la escala señalada. La norma obliga por sí misma y le pide al ciudadano, no sólo que no juzgue, sino también que no delibere. Que no intente siquiera ver otras razones para actuar de modo distinto a como lo establece la norma jurídica.⁵⁶

Esta pretensión jurídica de máxima exclusión y de impermeabilidad casi total del derecho a la deliberación particular no sería para Finnis arbitraria ni ilusoria. Se justificaría, en cambio, en la “extensión, complejidad, y profundidad de las interdependencias sociales que el derecho, (...), intenta regular”, cuyo éxito sólo sería posible si los individuos “restringen drásticamente las ocasiones en que abandonan sus obligaciones jurídicas a favor de su ventaja individual o de sus concepciones acerca del bien social”.⁵⁷

V. LA OBLIGACIÓN MORAL Y LA OBLIGACIÓN JURÍDICA
DE OBEDECER AL DERECHO

Pero el ciudadano común no es meramente un participante del juego del derecho, por continuar con la analogía de Wittgenstein, sino que también y de forma necesaria participa del juego (bien) de la “razón práctica”. Conduce su vida de acuerdo con la moral. Por esto, las reglas de juego del derecho de algún modo se asientan en una ficción cuando asumen que el ciudadano cortará el flujo del razonamiento práctico de modo definitivo. Quiéralo o no el derecho, el flujo del razonamiento práctico continuará siempre abierto, en la medida en que la razonabilidad práctica es una dimensión necesaria de la naturaleza humana.

Finnis no parece asumir de modo claro el carácter ficticio de esta pretensión de exclusión total del derecho. En cambio, se limita a afirmar que el hombre común siempre pue-

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 343 y 344. Si esta interpretación es correcta, Finnis se distancia también en este punto de Joseph Raz, que sostiene explícitamente (contra Hart) que las razones autoritativas excluyen modos de obrar y no, en cambio, modos de deliberar y juzgar. Cfr. Raz, Joseph, *The Morality (...), cit.*, pp. 38-42, y «Facing up: A Reply», *cit.*, p. 1157.

⁵⁷ *LNDN*, p. 345.

de (si quiere) “volver a abrir el flujo” del razonamiento práctico.⁵⁸ Y una vez abierto este flujo completo del razonamiento práctico se pueden distinguir cuatro sentidos en que el derecho genera obligación de obrar, de los cuales sólo dos son estrictamente morales. En algunos casos, el derecho no sólo no genera obligación moral de obrar de acuerdo a sí mismo, sino que la moral obliga obrar *contra* el derecho.

La primera obligación que genera el derecho es la de ajustar el obrar a la norma que nace de la amenaza de sanción. En este sentido meramente sancionatorio, la obligación jurídica no es provista o generada por ninguna razón, ni jurídica no moral, sino en todo caso por un motivo emocional (el temor, el interés).⁵⁹

En segundo lugar, una norma jurídica obliga en sentido jurídico intra-sistemático, si es válida conforme a las pautas de validez propias del sistema en que se inserta la norma. Desde este punto de vista, la obligación de obedecer genera una razón invariable o irrefutable para actuar conforme a derecho, porque excluye de modo definitivo cualquier razón para obrar en sentido contrario.⁶⁰

En tercer lugar, cuando se “abre el flujo del razonamiento práctico” de modo completo, las normas jurídicas generan dos tipos de obligaciones morales de actuar conforme a su contenido. Primero, una obligación moral de obedecer que Finnis denomina “directa”, y que surge cuando se percibe que, en el caso, la obediencia a la norma conduce al bien común. Segundo, lo que Finnis denomina “obligación moral colateral” (el cuarto modo en que el derecho obliga moralmente) que surge cuando, a pesar de que la obediencia no conduzca a la realización del bien común (porque la norma es injusta), la desobediencia puede acarrear perjuicios peores para el bien común.⁶¹

⁵⁸ *Ibidem*, p. 344.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 382.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Ibidem*, pp. 386-388.

Por último, cuando los efectos de la obediencia a la norma se juzgan más perjudiciales para el bien común que los efectos de la desobediencia, hay obligación moral de desobedecer el derecho.⁶²

Los dos tipos de obligación moral de obedecer al derecho, así como la obligación moral de *desobedecerlo*, conforman la conclusión del razonamiento moral completo que conduce a la justificación de la autoridad jurídica, que comienza en los principios pre-morales, pasa por la obligación de justicia general, y se concreta en la obligación de obedecer a la autoridad como único medio eficaz de gestionar el bien común. La obligación de obedecer (o desobedecer) en sentido moral es variable porque se justifica en el razonamiento moral completo que conduce a la justificación de la autoridad, y no meramente en esta última conclusión. Varía, por lo tanto, según que las normas efectivamente conduzcan a la realización del bien común y, más concretamente, según que la obediencia a la norma sea en verdad el modo más adecuado de realizar el bien común.

La obligación moral de obedecer es variable, en otras palabras, pues como en este campo de acción el flujo del razonamiento práctico no se cortó, el ciudadano es capaz de advertir razones para no obrar conforme a derecho. La obligación jurídica es en cambio invariable, porque el derecho dogmatiza la conclusión del razonamiento práctico que justifica la autoridad, impermeabilizándolo de toda posibilidad de “seguir subiendo”, por así decirlo, hacia los principios de los cuales se deriva esta justificación.

Volviendo sobre el ejemplo del conductor, según Finnis el derecho pretendería que conductor corte el flujo del razonamiento práctico en la conclusión de que “debe obedecerse la norma, pues obedecer normas es conducente al bien común”. La situación ideal para el derecho sería, entonces, aquella en la cual no se plantea cuáles son los fines de la norma, ni si hay otras razones en sentido amplio o estricto para obrar de otro modo. Pero como el conductor sigue

⁶² *Ibidem*, pp. 390-393.

siendo, le guste o no al derecho, un agente moral y emotivo, siempre tiene la posibilidad de continuar deliberando. Frente a esta posibilidad, puede (a) concluir que la norma realiza en el caso perfectamente el bien común, aunque el preferiría aumentar la velocidad; (b) que la norma no realiza en el caso el bien común, porque lentifica el tránsito de modo innecesario, pero que sería peor el bien común si él no la obedeciese; (c) que la norma no realiza el bien común y que además el mejor modo de contribuir al bien común es no obedecerla. En el primer supuesto, estaríamos en el caso de la obligación moral directa de obedecer; en el segundo, en el caso de la obligación moral colateral de obedecer; y en el tercero, en el caso de la obligación moral de desobedecer.

VI. ALGUNAS DIFICULTADES EPISTÉMICAS EN LA DISTINCIÓN
ENTRE OBLIGACIÓN EN SENTIDO JURÍDICO Y OBLIGACIÓN
EN SENTIDO MORAL

Desde un punto de vista lógico, la propuesta de Finnis acerca de la capacidad del derecho para generar razones morales para la acción parece no mostrar fisuras. Uno puede compartir o no la descripción del razonamiento moral que ofrece Finnis, pero lo que no parece reprochable es la secuencia lógica que propone entre las razones morales en sentido amplio, las razones morales en sentido estricto, y el derecho como razón moral para la acción. Desde este punto de vista, parece superar algunas de las dificultades conceptuales de Kelsen para definir la validez de las normas jurídicas positivas con prescindencia del razonamiento práctico moral; y especialmente, las dificultades justificativas de Hart para fundar la capacidad del derecho de generar “razones para la acción”, también con prescindencia del razonamiento práctico moral.

Sin embargo y quizá movido por la sana intención de conciliar tradiciones, Finnis también parece arrastrar el peso de conceptos y cánones metodológicos positivistas de los cuales no ha logrado desprenderse plenamente, a pesar

de su acérrima crítica inicial hacia ambos extremos.⁶³ Y este peso lo lleva a intentar una descripción aparentemente neutral de las pretensiones del derecho como práctica social, que concluye en la formulación de la oscura distinción entre los distintos modos de obligar del derecho.

La “obligación en sentido jurídico” parece, en efecto, más una concesión al positivismo que una descripción fiel —integral— de la práctica social que denominamos “derecho”. Y ni siquiera una concesión al positivismo hartiano o raziano, que de ningún modo afirma que el derecho como práctica pretenda cubrir todo hecho socialmente relevante; sino más bien una concesión a un positivismo decimonónico respecto del cual difícilmente puedan señalarse más adeptos que los de ese siglo.⁶⁴

La famosa polémica entre Ronald Dworkin y Helbert L. Hart acerca del grado de discrecionalidad en la determinación judicial del sentido del derecho; así como el debate entre las concepciones positivistas “incluyentes” y “excluyentes”, manifiestan la casi unánime aceptación en el positivismo anglosajón actual de que el derecho no es ni pretende ser un orden cerrado y completo, sin lugar para la discreción del intérprete⁶⁵. En cualquier caso, lo cierto es

⁶³ Cfr. en *ibidem*, pp. 40-51, la crítica de Finnis a la pretensión positivista de aproximarse neutral o avalorativamente al derecho como objeto de estudio.

⁶⁴ Hart dedicó un capítulo entero de *The Concept of Law* a refutar la tesis de la completud del derecho, en Hart, H. L., *ibidem*, pp. 127 y 154. Entre muchos otros sitios, Raz acepta la apertura del derecho a la creación moral (que distingue de la interpretación), por lo menos en Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics*, Oxford, Clarendon Press, 1994, *cit.*, pp. 225, 232-234; e “Incorporation by Law”, *Legal Theory*, 10, 2004, pp. 12 Y 13. Hemos estudiado la difícil conciliación de esta concepción interpretativa con la tesis positivista de las fuentes sociales en Zambrano, Pilar, “La Interpretación jurídica como co-creación”, *Problema*, 3, 2009, pp. 377-414, y más ampliamente en *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica*, *cit.*, *passim*. Sobre la “interpretación mecánica” y la completud del derecho como una pretensión casi exclusiva de los intérpretes del Código napoleónico, Cfr. Bobbio, Norberto, *cit.*, p. 55.

⁶⁵ Sobre la polémica Dworkin / Hart *cfr.*, a título de ejemplo, Soper, E. Ph., “Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute”, en Cohen, M. (ed.), *Ronald Dworkin & Contemporary Jurisprudence*, Londres, Duckworth, 1984, pp. 3-27; así como el resumen que ofrece el propio Hart de esta polémica en el *Postscriptum* de Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1994,

que la concepción del derecho como un sistema que es o que pretende ser perfecto, cerrado, que se basta por sí mismo para ofrecer soluciones para todo conflicto socialmente relevante, sin necesidad de recurrir a principios o criterios prácticos distintos de los jurídicos no es fiel ni a la manifestación existencial actual del derecho como práctica, ni a la epistemología práctica que Finnis asume como propia.

Empezando por lo segundo, Finnis insiste de modo reiterado en que el obrar humano sólo es comprensible a la luz de los fines que se propone el agente y más aún, que estos fines son siempre, de modo invariable, los bienes o valores humanos básicos igualmente “visibles” para todo hombre. En otras palabras, el obrar humano es inteligible o comprensible —aunque no necesariamente razonable en sentido estricto— frente a la mirada de terceros, sólo si es posible ligarlo con el propósito de realizar alguno de estos bienes o valores humanos básicos.⁶⁶ Por supuesto, si además de ver o captar la ligazón entre el obrar y los bienes o valores básicos, el observador externo capta el modo en que sí quiso o intentó realizar un bien o valor —lo cual es tan variable como son las circunstancias en que se obra—, la inteligibilidad del obrar es aún mayor.⁶⁷

Ahora bien, hacer una norma jurídica es un modo específico de obrar. Es un acto entre otros posibles actos humanos: el acto de ejercer autoridad en vistas al bien común, que como todo acto humano, admite diferentes niveles de comprensión. El nivel más básico o mínimo de comprensión es el que permite ubicar al acto de legislar en su especie. El

pp. 238-276; y Ronald Dworkin en Dworkin, R., «Hart’s Postscript and the Character of Political Philosophy», *Oxford Journal of Legal Studies*, 24, núm. 1, 2004, reimpresso luego en Dworkin, R., *Justice in Robes*, Harvard University Press, Londres, 2006, cap. 6. Sobre el debate “incluyentes/excluyentes” Cfr. Etcheverry, J. B., *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente. Un estado de la cuestión*, México, UNAM, 2006, *passim*.

⁶⁶ Cfr. LNDN, p. 94; Aquinas, “Moral, political...”, *cit.*, p. 103.

⁶⁷ Cfr. en este sentido la descripción del esquema tomista completo del acto humano voluntario, donde Finnis analiza cada uno de los actos de la inteligencia práctica y de la voluntad que hacen visible o inteligible al obrar humano, en Aquinas, “Moral, political...”, *cit.*, pp. 62-71.

que permite comprender que una norma jurídica es un mandato y no un consejo, y que es un mandato de la autoridad política y no, en cambio, una orden de un ladrón, o un mandato moral o religioso. A mayor profundización en los propósitos del ejercicio de la autoridad, mayor comprensión del acto humano de normar o legislar y, por ende, de la norma. Así como hay niveles de comprensión de cualquier acto humano, hay también niveles de comprensión de la norma jurídica, que es el producto de un acto humano.

En el esquema de Finnis, se asume que el derecho como práctica social sólo aspira a la comprensión básica que conduce a la identificación de las normas jurídicas *qua* mandatos con fuerza invariable, distinguibles de otro tipo de mandatos. Y se asume, además, que esta comprensión básica que permite identificar a las normas jurídicas como tales, emana de la presunción (*iure et de iure*) de que las instituciones sociales que de hecho ejercen la autoridad, invariablemente lo harán con eficacia y en miras al bien común. En este estadio se imponen por lo menos tres preguntas que se implican entre sí.

Primero, ¿constituye en verdad esta comprensión mínima o básica el caso típico o central de la aquiescencia al derecho? Segundo, si lo fuera, ¿podría el derecho coordinar eficazmente las conductas con este nivel o básico de comprensión? Tercero, ¿es cierto que la identificación de cuáles son los mandatos de la autoridad no exige, al menos en la mayoría de los casos, abrir el flujo del razonamiento práctico?

Sobre lo primero, por lo dicho más arriba no parece que la comprensión mínima o básica constituya el caso central de aquiescencia al derecho. No parece, en otras palabras que de forma regular o habitual el ciudadano medio sólo se proponga distinguir las normas jurídicas de otro tipo de normas y que, además, el derecho como práctica aspire a esto (en realidad ambos extremos se condicionan, pues la práctica emerge de lo que hacen sus participantes). Es obvio que la práctica social jurídica no sólo aspira a que sus mandatos sean identificados, sino también y sobre todo, a

que se cumplan. Y este cumplimiento es posible cuando, además de identificar “quién y con qué fuerza dio la orden”, uno identifica aquello que se mandó hacer, respetar, garantizar, etcétera. Pero la estructura teleológica del obrar humano implica que esta identificación de “lo que se mandó”, supone una indagación, al menos inicial, en el para qué se lo mandó.

Como se dijo, hay grados o niveles en esta indagación del “para qué”, y nos estaríamos expresando mal si el lector concluyera que aquí se propone que el único método conducente a la comprensión del derecho es el método histórico subjetivo, que se propone indagar en la voluntad psicológica de la autoridad. Lo que se intenta explicar, en cambio, es que incluso la elección de un método interpretativo supone una determinación previa de cuáles son los fines concretos que el derecho se propone realizar en el contexto en que se inserta la norma. La respuesta puede surgir de un análisis psicológico, conceptual, o funcional. Pero en todo caso, cualquiera de estos análisis y sus correlativos métodos interpretativos se proponen determinar qué fines se supone que viene a realizar la norma.⁶⁸ Y preguntarse por los fines exige, en el esquema epistemológico moral de Finnis—que aquí se comparte— reabrir el flujo del razonamiento práctico: posar la mirada sobre los bienes que se pretenden realizar mediante la regla.

⁶⁸ Ronald Dworkin es quizá uno de los ius-filósofos anglosajones actuales que más ha insistido en la dimensión inevitablemente teleológica de toda interpretación y, a su vez, en la distinción entre interpretación teleológica e interpretación histórico-subjetiva. *Cfr.*, entre otros trabajos del autor, *Law's Empire*, Cambridge Mass, , Cambridge, Harvard University Press, 1986, pp. 62-65; *A Matter of Principle*, Oxford, Clarendon Press, 1985, pp. 38-57, 163, 164; y *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, p. 75. Hemos estudiado más ampliamente el argumento teleológico contra la pretensión de neutralidad interpretativa, con base en la propuesta interpretativa de Ronald Dworkin, en Zambrano, Pilar “Objetividad en la interpretación judicial y objetividad en la moral. Una reflexión a partir de las luces y sombras en la propuesta de Ronald Dworkin”, *Persona y Derecho*, 56, 2007, 288-292; y “El derecho como práctica y como discurso. La perspectiva de la persona como garantía de objetividad y razonabilidad en la interpretación”, *Dikaion*, 18, Chía, Universidad de la Sabana, 2009, pp. 109-133.

Esta consideración es todavía más atendible en el constitucionalismo moderno, donde los principios jurídicos fundamentales, por su carácter difusivo, proyectan su influencia sobre el conjunto entero del ordenamiento. Si algo significa este carácter difusivo es que las reglas jurídicas han de comprenderse siempre como concreciones de los primeros y la exigencia fenomenológica (no ya moral) de parte de quien pretende ajustar su conducta a las reglas de que identifique cuáles son los principios que se quieren concretar en el caso.⁶⁹

Esta estructura teleológica de las reglas, *hacia* o en *referencia* a los principios, se patentiza y acentúa todavía más si se atiende al principio jurídico de razonabilidad que, ya incorporado por vía textual, ya por vía pretoriana, de un modo u otro rige en toda práctica jurídica constitucionalizada. La razonabilidad jurídica es, en efecto, difícilmente distinguible de la razonabilidad práctica o moral. No sólo estipula la exigencia de que las reglas jurídicas sean conducentes a la realización de los bienes o valores que casi todo orden constitucional incorpora a través de sus principios fundamentales. Exige, además, que estos bienes o valores se realizan a través de medios que en sí mismos sean respetuosos del resto de los valores o bienes constitucionales. Exige, como la razonabilidad moral, una realización integral de los principios fundamentales y no en cambio, una realización sectorial.⁷⁰

⁶⁹ Más allá de las discusiones en torno cuáles son los rasgos definitorios del llamado “neo-constitucionalismo”, es incuestionable que una de sus preocupaciones centrales, como movimiento teórico, es el estudio de las consecuencias que posee la abstracción del lenguaje constitucional en la interpretación no sólo del texto constitucional, sino también del resto del ordenamiento jurídico sobre el cual se proyecta el poder normativo de la Constitución. *Cfr.* en este sentido, Luis Prieto Sanchís, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 111-114, 117 y ss.; Luis M. Cruz, *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Granda, Comares, 2005, p. 1; Cruz, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, 2006, *passim*; y Cruz, Luis M., “Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico”, *Archiv fur rechts-und sozialphilosophie* 106, 2007, pp. 22-33.

⁷⁰ Sobre el uso extendido del principio de razonabilidad en las prácticas constitucionalizadas, y sobre el sentido aquí propuesto del principio, *Cfr.* Cianciardo, J., *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, 2a. ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, Ábaco, 2008, *passim*.

En realidad, ni el carácter difusivo de los principios ius-fundamentales ni la extensión del principio de razonabilidad son una peculiaridad del modo de darse el derecho en el occidente constitucionalizado, sino más bien la toma de conciencia generalizada de que, precisamente con base en la epistemología práctica descrita por Finnis, no hay forma de comprender las reglas si no es por referencia a los principios.⁷¹

Recapitulando, el ejercicio de la autoridad no escapa a la naturaleza teleológica del obrar humano. Por lo mismo, la interpretación del contenido de las normas supone de forma inevitable indagar cuál es su finalidad, lo cual, también de modo inevitable, reabre el flujo del razonamiento práctico. Si esto es así en general, con mayor razón todavía en las prácticas constitucionalizadas donde los principios fundamentales proyectan su fuerza normativa y directiva sobre toda regla o mandato. Entre éstos, el principio jurídico de razonabilidad parece prescribir de modo manifiesto o expreso que el resto de los principios y reglas se interpreten reabriendo el flujo del razonamiento práctico.

Es difícil concebir, pues, una regla jurídica que pueda comprenderse —no ya cumplirse— sin referencia a los principios que pretende concretar. Por lo que la afirmación de Finnis de que la pretensión del derecho de cerrar definitivamente el flujo del razonamiento práctico se aplica sólo a las reglas, es cuanto menos una descripción infiel de la manifestación existencial del derecho.⁷²

Los casos típicos en contrario, como las reglas de tránsito, no hacen en rigor más que confirmar lo dicho. En efecto, si es innecesario indagar en los fines o bienes que esta reglas se proponen realizar, no es porque sean irrelevantes, sino porque son notorios. Y cuanto más notoria es la vinculación entre una norma, sus fines propios y los fines globales del derecho, más espontánea es su comprensión y la aquiescencia interna a su obligatoriedad. Cuando, en

⁷¹ Cfr. Zambrano, Pilar, "El derecho como práctica (...)", *cit.*, p. 124.

⁷² Cfr. *LNDN*, p. 341, n. 9.

cambio, la notoriedad de esta vinculación instrumental se quiebra, con la misma espontaneidad se desencadena un proceso racional de reconsideración del sentido y de la obligatoriedad de la norma, a la luz de los fines globales del derecho.

El ejemplo propuesto más arriba puede aclarar esta idea. Podría interpretarse que cuando los conductores detienen su marcha frente a un semáforo en rojo lo hacen sin tomar en consideración la vinculación entre el mandato de detención y la seguridad como fin propio de las reglas de tránsito; ni la vinculación entre la seguridad y el respeto a la vida como fin último al que tiende el derecho. En rigor, esta triple vinculación entre lo mandado, el bien o fin intermedio de la norma y los fines del derecho, se asume de modo espontáneo hasta que la obediencia al mandato de detención obstaculiza el paso de una ambulancia en una situación de emergencia. En esta situación, los conductores se ven interpelados por el ruido y por las luces de las sirenas a decidir si la orden de detención se mantiene; si opera una suerte de excepción implícita en la finalidad de seguridad propia del mandato de detención; o si esta excepción está implícita en los fines globales del derecho.

De modo que, o bien la inteligibilidad de las reglas surge de una comprensión espontánea de su vinculación razonable con los principios fundamentales; o bien es producto de una reflexión deliberada, frente a la oscuridad inicial o aparente de esta vinculación. Y cuando esta reflexión no arroja luz sino más oscuridad, la consecuencia esperable es la merma en la eficacia motivadora de la regla para mover a la acción y por ende, para coordinar conductas en orden al bien común. Por lo mismo, se concluye en respuesta al segundo interrogante: el nivel mínimo de comprensión que Finnis parece señalar como caso típico o central del derecho es en rigor contrario al nivel máximo de eficacia en la coordinación que justifica su autoridad.

Queda por responder el tercer y último interrogante. Aún si la determinación de la validez jurídica no exigiese mucho más razonamiento que el de ligar una norma con un hecho creativo originante, como dice Finnis, ¿es cierto que este razonamiento es a-valorativo? No parece que lo sea, por la sencilla razón de que la selección de los hechos que originan normas válidas en una práctica jurídica concreta está definida a su vez por otras normas (las normas secundarias de Hart), que no pueden interpretarse sin atender al fin pragmático de lo mandado. De modo que tampoco la verificación aparentemente fáctica de que las normas interpretadas son normas jurídicas y no otra cosa, es una verificación a-valorativa, autónoma del juicio teleológico acerca de cuáles son los fines de las normas secundarias en juego.⁷³

Son usuales en este orden de ideas las discusiones constitucionales acerca de las facultades del Poder Ejecutivo para promulgar cierto tipo de normas, aun cuando nadie discuta que existan normas que delimiten claramente las competencias legislativas. ¿Qué se discute entonces cuando se discute si una norma emanada el Poder Ejecutivo es constitucionalmente válida por su origen? Se discute el sentido de las normas que distribuyen competencias legislativas, a la luz de los fines pragmáticos de tales normas y de la práctica en su conjunto (normalmente, el resguardo de la forma republicana de gobierno).

Como en el ejemplo de las reglas de tránsito, la espontaneidad con que reflexivamente se ligan estas reglas (o principios) secundarias con sus fines propios, jurídicos y morales, no implica que esta ligazón racional no se de en forma habitual, ni mucho menos que el derecho pretenda o aspire

⁷³ Algo parecido propone Ronald Dworkin cuando señala que la dimensión formal de la interpretación, consistente en distinguir las normas jurídicas de otro tipo de mandatos (que él denomina juicio pre-interpretativo) está modelada por una visión teleológica del Derecho. *Cfr.* Dworkin, R., *Law's Empire*, *cit.*, pp. 67, 239, 248, 254-258. En este mismo orden de ideas, Sergio Cotta explica que este estudio "morfológico" o externo del derecho es sólo un escalón entre otros, en una indagación circular, que incluye la pregunta por los fines existenciales y ontológicos del derecho. *Cfr.* Cotta, Sergio, *El Derecho en la existencia humana*, trad. de Pedro Pastor, I., Pamplona, Eunsa, 1987, pp. 16 y 17.

EL DERECHO COMO RAZÓN EXCLUYENTE PARA LA ACCIÓN

a que esta reflexión no tenga lugar. Otra vez, también como en el ejemplo de las reglas de tránsito, los casos “difíciles” donde los tribunales deben decidir acerca del sentido de las normas que establecen o regulan la competencia para crear o modificar reglas, atestigüan hasta qué punto los fines morales de estas reglas no se ignoran, sino que se dan por obvios en el resto de los casos (los fáciles).⁷⁴

VII. CONCLUSIONES

En los epígrafes anteriores se ha ofrecido una descripción y un análisis del concepto del derecho como “razón para la acción” desde la teoría iusnaturalista del derecho de John Finnis. La descripción y el análisis se plasmaron en algunas distinciones conceptuales que se mostraron plenamente conducentes a la realización del propósito principal de Finnis, la justificación de la autoridad moral del derecho. Sin embargo, junto a esta virtud de la propuesta finnisiana, se detectaron también algunas debilidades descriptivas e inconsistencias teóricas, que se presumen ligadas a la difi-

⁷⁴ Un caso paradigmático en Argentina fue *Peralta Luis Arcenio c/ Estado Nacional y Ministerio de Economía (BCRA) s/ amparo*, CSJN, 27/12/1990, Fallos 313: 1513, publicado en LL, 1991-C, 158, donde se declaró la constitucionalidad del ejercicio de facultades legislativas por parte del Poder Ejecutivo, mediante los llamados “decretos de necesidad y urgencia”. Cfr. el comentario al caso de Bianchi, A., “La Corte Argentina ha establecido su tesis oficial sobre la emergencia económica”, LL, 1991-C: 141, donde se critica el recurso argumentativo de la Corte, consistente en ligar inadecuadamente las medidas cuestionadas, de modo necesario e indispensable, con los fines últimos del ejercicio del poder público. En Estados Unidos, entre otros muchos otros, puede proponerse como ejemplo el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Robert Casey*, 505 U.S. 833, donde la Corte manifestó una fuerte disidencia interna en torno al modo de aplicar la regla (secundaria) del *Stare Decisis* en relación con la doctrina sentada en *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Entre muchísimos otros trabajos comentando este aspecto del caso, puede consultarse Sunstein, Cass R., “Second Amendment Minimalism: Heller as Griswold”, *Harvard Law Review* 122, núm. 1, noviembre de 2008, pp. 246-274; Weigel, George, “The Sixties, Again and Again”, *First Things: A Monthly Journal of Religion & Public Life* núm. 182, abril de 2008; Berkowitz, Peter, “The Court, the Constitution, and the Culture of Freedom”, *Policy Review*, núm. 132, agosto de 2005, pp. 3-25; Linton, Paul Benjamin, “The Legal Status of Abortion in the States if Roe v. Wade is Overruled”, *Issues in Law & Medicine* 23, núm. 1, verano de 2007, pp. 3-12.

cultad de Finnis en su intento de conciliar el aparato conceptual heredado de la tradición iuspositivista, con el aparato o esquema conceptual heredado de la tradición iusnaturalista y más ampliamente, de la epistemología práctica tomista.

Las distinciones conceptuales de la teoría descrita pueden sintetizarse en los siguientes puntos:

1. La acción en el hombre es el resultado de una compleja interacción entre razón, voluntad y emoción. La emoción no mueve a obrar por sí misma, sino a través de la razón. Y la razón no mueve a obrar, sino a la voluntad de obrar.

2. La razón motiva a obrar en dos sentidos, uno amplio y otro estricto. En sentido amplio, la razón mueve a obrar mostrando el carácter bueno o apetecible de los fines últimos de la naturaleza humana (los bienes o valores humanos básicos). En sentido estricto, la razón mueve a obrar mostrando el modo de realizar en los casos concretos integralmente estos fines o bienes básicos.

3. La razón en sentido amplio es directiva, mientras que la razón en sentido estricto es moral o imperativa.

4. El derecho es, para Finnis, una razón en sentido estricto o moral para obrar. Y esto es así, pues el derecho es la expresión de la autoridad política y el ajustamiento de la conducta a lo mandado por la autoridad política es el único modo posible de obrar justamente, en relación con el bien común.

5. El modo de ajustar la conducta a la autoridad política o al derecho es tratando a las normas jurídicas como “razones excluyentes” para juzgar u obrar.

6. El derecho como práctica tiene una pretensión de invariabilidad que sólo es realizable cuando las normas jurídicas “cortan el flujo del razonamiento práctico” y excluyen no sólo otras razones para actuar, sino también otras razones para deliberar y juzgar cómo actuar.

7. Sin embargo, el ciudadano siempre conserva su capacidad moral para continuar deliberando, juzgar “al derecho” y en su caso, juzgar que no sólo conviene sino que también “debe” obrarse de modo diferente.

De todas estas distinciones, aquí se cuestionaron las últimas dos. En especial, se dijo que sostener un nivel tan alto de exclusión para el derecho, no parece ajustado a la manifestación existencial actual del derecho constitucionalizado, ni tampoco coherente con la epistemología práctica finnisiana. El carácter difusivo de los principios constitucionales y la vigencia extendida del principio jurídico de razonabilidad respaldan lo primero. El carácter teleológico de la razonabilidad práctica respalda o justifica lo segundo.

Quizá sea mucho más ajustado a ambos extremos —coherencia y fidelidad descriptiva— sostener que el derecho manifiesta una pretensión limitada, *prima facie*, de obediencia invariable, pero no en cambio una pretensión de asentimiento interno invariable a las reglas. Sostener, en otras palabras, que el derecho no pretende algo distinto de la moral, precisamente porque, como el propio Finnis muestra con tanta lucidez, el derecho *pretende ser* lo que es: una continuación del razonamiento práctico.

El derecho como práctica social o humana no pretende pues lo imposible (que no se delibere) ni tampoco lo inmoral (que se consienta interna y externamente a lo injusto). Su intrínseca pretensión de razonabilidad es también una pretensión intrínseca de justicia que sólo es realizable si el derecho se mantiene, como la moral, en el escalón más bajo de exclusividad, no en el más alto. Si el derecho no pretende que se “deje de pensar moralmente”, sino que se desplacen aquellas razones morales para obrar que no hayan sido recogidas por las reglas jurídicas, en tanto y en cuanto (y sólo en tanto y en cuanto), estas reglas constituyan determinaciones de los principios jurídico-morales de justicia —entre otras determinaciones posibles—.

Más aún, atendiendo a la pretensión o función del derecho de coordinar con justicia el obrar social, el derecho no puede

PILAR ZAMBRANO

pretender que se deje de deliberar moralmente, sino más bien lo contrario. Pues a mayor deliberación, mayor comprensión y capacidad crítica de la regla. Y a mayor comprensión y capacidad crítica de la regla, mayor eficacia en la *coordinación* social, y mayor eficacia en la realización de la *justicia* de la coordinación.

AUTORES
AUTHORS

Larry ALEXANDER. University of San Diego, USA.

Alberto DEL REAL. Universidad de Jaén, España.

Ronald DWORKIN. New York University. University College London.

Imer B. FLORES. Professor and Researcher, Legal Researcher Institute, UNAM.

Iwao HIROSE. McGill University, Canadá.

Carla HUERTA. Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Gerard LANG. Leeds University.

Carlos I. MASSINI CORREAS. Universidad Panamericana, México.

Juan Ramón PÉREZ CARRILLO. Universidad de Granma, Cuba.

Andrew REISNER. McGill University, Canadá.

Emily SHERWIN. Cornell University Law School, USA.

Pilar ZAMBRANO. Profesora de Filosofía del derecho en la Universidad Austral (Buenos Aires) e investigadora del Consejo Nacional de Ciencia y Técnica de Argentina (CONICET).