



N O T A S

CUESTIONES PERSISTENTES Y MICROTEORÍAS*

José Juan Moreso

Universitat Pompeu Fabra

1.

El título de esta mesa redonda ‘Los nuevos rumbos de la filosofía del derecho’ sugiere que en el ámbito filosófico es posible la novedad y, tal vez, el progreso. Seguro que no hay acuerdo sobre este punto entre los filósofos. Creo que fue A. N. Whitehead quien dijo alguna vez que la filosofía occidental no es otra cosa que notas a pie de página a la obra de Platón. Aunque esta afirmación contiene una buena dosis de exageración, nos alerta adecuadamente acerca de la existencia de cuestiones filosóficas persistentes. De otro modo no se entendería fácilmente el hecho de que muchas de nuestras discusiones filosóficas se remitan a aquello que dijeron Platón o Aristóteles. Si pensamos en la filosofía jurídica en concreto también es verdad que algunas cuestiones (el problema de la naturaleza del derecho, la relación entre el derecho y la moral, por ejemplo) persisten a través de toda la historia de la reflexión filosófica.

Sin embargo, mi intervención se centrará en ofrecer un breve bosquejo de la situación actual de la filosofía del derecho, especialmente en nuestro ámbito cultural, y en cuáles deben ser, en mi opinión, las líneas por las que debería transitar en el futuro. No estoy seguro de que el futuro, en este campo, acabe por ser como yo lo deseo. Pero como no creo reunir las condiciones para formular predicciones sensatas, me conformaré con expresar algunos deseos. Un aspecto agradable de la contingencia del futuro, entre otros muchos quebraderos de cabeza para los filósofos: el estatus de las proposiciones acerca del futuro, la naturaleza de los mundos posibles, etc.,

* Este texto fue presentado como contribución a la Mesa Redonda ‘Los nuevos rumbos de la Filosofía del Derecho’ en el *I Congreso Iberoamericano de Ética y Filosofía Política*, en la sección de Filosofía del Derecho y del Estado, coordinada por Ernesto Garzón Valdés y Virgilio Zapatero -a los que agradezco su amable invitación-, que tuvo lugar en Alcalá de Henares, los días 18 a 20 de septiembre de 2002.

es que nos permite imaginarlo más confortable de lo que luego resulta ser. En resumen, mis modestas propuestas consistirán en, por un lado, un modo de enfocar las cuestiones persistentes y, por otro, una insistencia en el desarrollo de teorías de alcance limitado, no ocupadas ya de manera directa de las cuestiones persistentes, que por las razones que explicaré más adelante denomino *microteorías*.

2.

En un conocido trabajo,¹ Norberto Bobbio dividía la filosofía del derecho en tres partes: teoría del derecho, teoría de la ciencia jurídica y teoría de la justicia. Durante el siglo XX, la importancia creciente de la filosofía analítica y la asunción de sus postulados iniciales, que fueron los del positivismo lógico del Círculo de Viena, se reflejó en la centralidad de las cuestiones de teoría general del derecho y de la teoría de la ciencia jurídica. Dos de las preguntas centrales de la obra de Hans Kelsen, seguramente el más destacado filósofo del derecho del siglo pasado, guardan relación con ello: ¿cuál es la estructura normativa de los ordenamientos jurídicos? y ¿cuáles son los presupuestos epistemológicos que nos permiten conocer dicha estructura? La razón por la cual la teoría de la justicia estuvo ausente hasta mucho más tarde de estos debates es bien conocida: los postulados del positivismo lógico (que Kelsen compartía en este punto) aseguraban que no existía posibilidad de conocimiento en el ámbito práctico, que no había tal cosa como la racionalidad práctica. Las razones por las cuales se sostenía esta posición, en especial la asunción del principio de verificación, que negaba significado a los juicios de valor, han sido casi completamente abandonadas. No es de extrañar, por lo tanto, que después de la publicación de la obra de John Rawls, *A Theory of Justice*, el panorama haya cambiado casi completamente y la filosofía del derecho sea hoy contemplada por muchos como una parte de la filosofía práctica.

3.

En el ámbito iberoamericano, una vez superada una forma de concebir la filosofía del derecho, deudora del iusnaturalismo más rancio y cerrada a lo que ocurría en el exterior, el impulso más importante procedió del grupo que se formó en torno de A. L. Gioja (G. R. Carrió, E. Garzón Valdés, R. Vernengo, C.E. Alchourrón, E. Bulygin, M. D. Farrell, R.A. Guibourg. C.S.

¹ Norberto Bobbio, 'Nature et fonction de la philosophie du droit', *Archives de Philosophie du Droit*, 7 (1962) : 1-11.

Nino) y que renovó de forma muy importante el panorama iusfilosófico de lengua española. En España las cosas sucedieron más lentamente, en realidad todo sucedía más lentamente durante la dictadura franquista. Hubo que esperar un poco más para que las ideas de H. Kelsen, A. Ross, H.L.A. Hart o G. H. Von Wright centraran el debate iusfilosófico. En este sentido, las últimas décadas representan el logro de la normalidad para nuestra disciplina. Entiendo por 'normalidad' que el centro de los debates esté ocupado por los mismos problemas, y que éstos sean analizados con los mismos instrumentos, que aquellos que son usados en el resto de países de nuestro ámbito cultural. Cuando esto sucede, es posible afirmar que formamos parte de la misma comunidad académica.

4.

Como al principio decía, mi idea del futuro de nuestra disciplina contiene por una parte un modo de abordar las cuestiones persistentes y, por otra parte, una atención especial a cuestiones menos persistentes pero a menudo más urgentes que, aunque cuenta también entre nosotros con cultivadores, creo que merecería mayores esfuerzos. Para profundizar en ambas líneas es preciso estar atentos al desarrollo de las ideas en la filosofía general. Los avances en filosofía jurídica siempre llegan de la mano de ideas más generales de la filosofía general: no es concebible Kelsen sin el neokantismo, ni Ross sin el positivismo lógico, ni Hart sin la filosofía del lenguaje ordinario, ni Alchourrón y Bulygin sin la lógica deóntica y la obra de von Wright, ni Dworkin sin el amplio desarrollo de la filosofía moral y política en el ámbito anglosajón, en su caso a menudo de la mano de Rawls. Lo que ocurre en lógica, en filosofía del lenguaje, en epistemología, en ontología, en filosofía de la mente, en filosofía moral, en filosofía social o en filosofía política no nos puede pasar desapercibido, porque de ello habrán de surgir nuevas aplicaciones a nuestro ámbito. Pero también es preciso estar atentos a lo que ocurre en la ciencia jurídica, los diversos enfoques de la dogmática jurídica no nos pueden pasar tampoco desapercibidos, porque nuestra posición nos hace necesariamente *mediadores* entre los filósofos y los juristas. Es más, tampoco lo que ocurre en las ciencias sociales (economía, sociología, ciencia política, etc.) puede sernos ajeno, porque cualquier comprensión del derecho, que no deja de ser un fenómeno social, se enriquecerá de los avances en dichas disciplinas.

5.

Un modo, en mi opinión fecundo, de seguir abordando las cuestiones persistentes puede enmarcarse en la discusión que ha generado, sobre todo

en el mundo anglosajón, el positivismo jurídico hartiano. Como es sabido,² las tres tesis centrales del positivismo hartiano son las siguientes: a) la tesis de las fuentes sociales del derecho, de acuerdo con la cual la existencia y el contenido del derecho dependen de determinados hechos sociales, b) la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, con arreglo a la cual la validez jurídica de las normas y su adecuación moral son propiedades conceptualmente independientes y c) la tesis de los límites del derecho o de la discreción judicial, según la cual en todos los sistemas jurídicos se plantean supuestos de aplicación en los cuales el derecho está indeterminado. Como también es de sobra conocido, las tres tesis han sido sometidas a una crítica acerada por parte de Ronald Dworkin.³ Señalaré algunas de las cuestiones persistentes que merecen, a mi juicio, un análisis más detallado en este marco general. Por una parte, la tesis de las fuentes sociales sugiere que el Derecho es un fenómeno social de naturaleza convencional. Sin embargo, de qué manera debe explicarse la naturaleza convencional del Derecho es algo sobre lo que todavía queda mucho por hacer. Obviamente, las aportaciones de la filosofía social son aquí de la máxima relevancia. La tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral no puede ignorar la dimensión *práctica* del derecho, es decir, el hecho de que las normas jurídicas son contempladas por los operadores jurídicos como *razones para la acción*. Sobre este punto la literatura es inmensa,⁴ pero restan algunas cuestiones por aclarar. Indicaré sólo una: si es compatible con el positivismo jurídico sostener que la identificación de la existencia y el contenido del derecho pueden depender del recurso a la moralidad, como quiere el denominado positivismo jurídico *inclusivo* o no lo es, como afirma el positivismo jurídico *exclusivo*. La última tesis, la tesis de los límites del derecho, nos trae al primer plano la cuestión central de la aplicación del derecho. Una buena teoría del razonamiento judicial presupone algunas de las cuestiones centrales de la teoría jurídica: un enfoque general acerca de la naturaleza del derecho, una teoría del sistema jurídico, de los criterios de validez y aplicabilidad de las normas, una teoría de la interpretación de las formulaciones normativas y una teoría de la justificación de las decisiones jurídicas. Obviamente que

² H.L.A. Hart, 'El nuevo desafío del positivismo jurídico', trad. de F. Laporta, L. Hierro y J.R. Páramo, *Sistema* 36 (1980 mayo): 3-19 y 'Postscript' en *The Concept of Law*, second edition by P. Bulloch and J. Raz, (Oxford: Oxford University Press, 1994), 238-276.

³ Vd. Por ejemplo Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977) y *Law's Empire* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986).

⁴ Y en castellano contamos con dos contribuciones especialmente relevantes: Juan Carlos Bayón, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991) y María Cristina Redondo, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996).

en este ámbito las cuestiones persistentes aparecen de nuevo. Señalaré sólo una, que ha recibido mayor atención últimamente, y sobre la cual pienso que merece la pena seguir reflexionando: ¿cómo ha de reconstruirse la noción de aplicación del derecho a la vista de que (muchos de) los estándares jurídicos son *derrotables* o *prima facie*? La misma noción de norma jurídica está aquí en cuestión. Por otra parte, la respuesta a este problema guarda una estrecha relación con nuestra concepción de la aplicación de principios constitucionales en conflicto, con la naturaleza de la operación conocida como *ponderación*.

6.

Otra forma de plantear estas cuestiones persistentes en nuestro ámbito cultural consiste en relacionarlas con lo que se denomina ‘constitucionalismo’. Los cambios en los ordenamientos jurídicos producidos por el desarrollo de las democracias constitucionales tienen su impacto en la reflexión teórica. Dos rasgos sobresalientes de este fenómeno nos invitan a la reflexión. Por una parte, la validez jurídica de las normas infraconstitucionales depende de su conformidad con lo que establecen las normas contenidas en nuestras constituciones rígidas, de modo que incluso leyes aprobadas por una clara mayoría parlamentaria pueden ser invalidadas como resultado de los procedimientos de control jurisdiccional de constitucionalidad. Por otra parte, los textos constitucionales contienen muchas cláusulas con términos valorativos y, parece, la única forma de aplicarlas es mediante el recurso a la argumentación moral (pensemos, por ejemplo, en la prohibición de tratos inhumanos y degradantes contenida en el artículo 15 de nuestra constitución). La primera cuestión nos lleva por un lado a la necesidad de una elucidación más clara de la estructura de nuestros sistemas jurídicos, y por otro lado a un problema de filosofía política: la compatibilidad de la democracia entendida como regla de la mayoría y el atrincheramiento de determinadas cuestiones (en especial de una declaración de derechos) que ni la mayoría puede modificar. La segunda cuestión nos conduce de nuevo a la elucidación del papel que la moralidad ha de representar en el razonamiento jurídico.

7.

La atención a cuestiones menos generales la concibo de la siguiente forma: demasiado a menudo, nuestras contribuciones consisten en glosar las aportaciones más importantes que se producen más allá de nuestras fronteras. Se trata de una tarea importante que sin duda debemos continuar realizando. Ahora bien, tal vez es posible que nos ocupemos cada vez más ya no de las teorías más abstractas acerca de la naturaleza del derecho (si tal tesis de Hart es compatible con tal otra de Kelsen o no, por ejemplo) o

de la justicia (si en tal punto Rawls defendía tal o cual posición), sino de elaborar teorías menos generales, de nivel más bajo, teorías regionales o, por así decirlo, *microteorías*. Demos por supuesto algunos presupuestos básicos, y elaboremos concepciones de la libertad de expresión, o de las causas de justificación en derecho penal, o de los vicios del consentimiento en derecho privado, o de la prueba en derecho procesal, etc.⁵ Estas microteorías servirán como banco de prueba de nuestros presupuestos más básicos, pero nos permitirán debatir temas más manejables y, tal vez, tener mayor audiencia entre los juristas dogmáticos y, quien sabe, entre nuestros estudiantes. Por otra parte, enfoques de este tipo nos permitirán unir en nuestra reflexión las cuestiones de teoría de la justicia con las cuestiones más concretas de diseño institucional y, por lo tanto, de teoría del derecho y de teoría de la ciencia jurídica. Pongo un ejemplo: para elaborar una adecuada teoría de las causas de justificación, es preciso partir de una concepción articulada de la justificación del castigo, pero también lo es una comprensión lúcida de la estructura de las normas penales que establecen las causas de justificación y de su conexión con las normas penales que tipifican los comportamientos delictivos e, incluso, un conocimiento profundo de los presupuestos epistemológicos con los que la teoría del delito aborda esta cuestión. Alguien puede decir que entonces nuestra actividad se solapará con la de los juristas dogmáticos. Es cierto, pero no veo que haya buenas razones para evitarlo. Los juristas dogmáticos se dedican a describir el contenido de nuestros sistemas jurídicos, pero para llevar a cabo esta tarea no pueden evitar modelar determinados conceptos y ponerlos en relación entre sí en una red conceptual más amplia, una tarea que reside en el núcleo del análisis filosófico.

En un pasaje de su obra de 1971, Rawls⁶ imagina una secuencia en cuatro etapas en el establecimiento de las cuestiones de justicia por parte de seres racionales. La primera etapa consiste en la posición original en la que se eligen los dos principios de justicia. La segunda etapa estipula las normas constitucionales que aseguran el principio de igual libertad para todos. La tercera etapa tiene como objetivo el establecimiento de las reglas legislativas de acuerdo con los principios de justicia -respetados los derechos atrincherados en la segunda etapa, las decisiones deben adecuarse al principio de la diferencia-. La cuarta etapa es la de la aplicación de las reglas generales a los casos individuales por parte de los órganos de aplicación. Cada una

⁵ Estoy pensando en trabajos de los que representa un ejemplar paradigmático el reciente libro de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder* (Madrid: Trotta, 2000).

⁶ John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971, pp. 195-201).

de estas etapas presupone un progresivo levantamiento del velo de la ignorancia que, por una parte, permite articular las normas adecuadas para cada sociedad en concreto y, por otra, permite hacerlo de forma justa, puesto que en todas las etapas deben respetarse los principios de justicia.

Pues bien, tal vez este esquema rawlsiano sea una buena guía para la elaboración de las microteorías a las que me refería más arriba. Tener presentes estas cuatro etapas, de una manera integrada, constituiría en mi opinión un modo adecuado de enfrentarse ya no con las cuestiones persistentes de la disciplina, sino con problemas más acotados pero con una perspectiva más general. Habría lugar, entonces, no sólo para el análisis conceptual, sino también para la crítica racional de los presupuestos con los que se funda determinada regulación de la esfera de las relaciones humanas y dichas microteorías podrían tener relevancia tanto en el ámbito de la teoría de la legislación (de *lege ferenda*): ¿cómo debe regularse jurídicamente determinado ámbito?, cuanto en el de la aplicación del derecho (de *sententia ferenda*): ¿cómo debe aplicarse a los casos concretos determinada regulación?

8. Termino con una reflexión de carácter general. Una vieja aspiración de la filosofía analítica, en la tradición de la cual -como resultará obvio- las anteriores reflexiones se enmarcan, y en realidad de la filosofía en general, reside en el ideal -que se halla en Ramon Llull, en Leibniz, en Carnap- de crear un lenguaje purificado, un instrumento preciso para el descubrimiento de la verdad. Un ideal que, en filosofía del derecho, se encarna mejor que en nadie en la obra de Kelsen. Ahora bien, este ideal no es ya ampliamente compartido. El clima actual al respecto está bien representado por la siguiente metáfora de Simon Blackburn:⁷

La visión pura de una nueva ciudad racionalmente planificada para científicos y filósofos, con calles rectilíneas enlazando uno con otro bloques de verdad sin ornamentación alguna, una Bauhaus de la mente, no es ahora ampliamente compartida. Tales lugares han mostrado ser inhabitables.

En mi opinión, la filosofía jurídica no debe renunciar a la precisión y al rigor que ha alcanzado en la filosofía analítica, pero también está entre nuestras obligaciones para el futuro la de construir una filosofía del derecho *habitable* para las preocupaciones que como seres humanos nos esperan.

⁷ Simon Blackburn, *Spreading the Word* (Oxford: Oxford University Press 1984), pp.8-9.



DOXA 25 (2002)
