

Acerca de la indeterminación del derecho (Una vigilia con José Juan Moreso)

Por ALFONSO GARCÍA FIGUEROA

Universidad de Castilla-La Mancha

Al parecer, son múltiples las causas que pueden dificultar el sueño de los seres humanos, pero es seguro que la filosofía del derecho no se cuenta entre las más frecuentes. Sin embargo, a pesar de todo, no es impensable que algún filósofo del derecho sinceramente preocupado por su tarea pudiera sufrir un desagradable insomnio si intentara resolver de una vez por todas un problema nada fácil. Me refiero al que suscita la indeterminación del derecho. Como advirtió Hart (1994) en un memorable trabajo, en el panorama iusfilosófico norteamericano la discusión sobre esta cuestión se ha saldado con una polarización de posiciones: la de quienes se han sumido en un «noble sueño» y la de aquellos otros que se han visto dominados por una «pesadilla». Como suele suceder con nuestras representaciones oníricas, ninguna de las dos responde a la realidad, aunque ambas tengan que ver con ella.

Según el noble sueño, el derecho, carente de indeterminaciones, es capaz de proporcionarnos invariablemente nada menos que una única respuesta correcta a las controversias jurídicas. Según la pesadilla, la indeterminación del derecho es tal que ni siquiera resulta posible decir que exista nada parecido a un sistema jurídico como todos habíamos creído. Sólo existiría el derecho en acción, una sucesión de decisiones judiciales y no propiamente un sistema jurídico preexistente a la labor del juez. Las dos situaciones presentan consecuencias embarazosas. Cuando el jurista despierta del noble sueño comprueba resignado que el derecho es sensiblemente imperfecto, que no es tan justo, ni tan completo, ni tan coherente como parecía en su sueño. Cuando el jurista despierta de su pesadilla, entonces respira tranquilo y comprueba que el

derecho, entendido como un sistema jurídico más o menos perfecto, está ahí y funciona pese a sus indeterminaciones.

Como el propio Hart advierte, ambos sueños, a pesar de ser una pura ilusión, tienen mucho que enseñar a los juristas en sus horas de vigilia. Por esta razonable «vigilia», un «constructivismo moderado» (Moreso 1997, 186), atento a las ensoñaciones de los juristas, se inclina explícitamente el último libro del Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Gerona, José Juan Moreso: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*.

Simplificando hasta el extremo la discusión, podría afirmarse que:

i) En el noble sueño, *el derecho lo dice todo*. En consecuencia, como piensa el neiusnaturalismo hermenéutico de Dworkin, «el más noble de los soñadores» (al que cabría añadir un cierto positivismo teórico), la discreción judicial no es necesaria; todos los casos son fáciles (o al menos deberían serlo para un juez sobrehumano que Dworkin denomina Hércules).

ii) Durante la pesadilla del realismo jurídico, *el derecho no dice absolutamente nada* precisamente porque, mediante la interpretación, es posible hacerle decir cualquier cosa. Por eso, toda la actividad jurídica es discreción judicial; todos los casos son difíciles.

iii) Finalmente, con la vigilia, *el derecho no lo dice todo, pero dice algo* y sobre éste hay acuerdo. Por tanto, podemos hallar casos claros y casos difíciles. Existen sistemas jurídicos indeterminados que reclaman en ocasiones una cierta discreción judicial.

La centralidad de este argumento no impide que en este libro se analice una pluralidad de cuestiones de gran importancia en la filosofía del derecho actual. El método que sigue su autor es típicamente analítico, como lo demuestran el interés por las cuestiones lingüísticas, el recurso a los métodos de la lógica y, en general, un elevado grado de rigor y formalización asociado a una ausencia de metafísica en los planteamientos (sobre los rasgos de la filosofía analítica, ver Bulygin 1991a, 379 ss.). El jurista no suele estar familiarizado con este estilo de pensamiento y esto genera una sensación de incomunicación que es lamentable, porque, por su gran calidad, sería deseable que los instrumentos de análisis y los resultados de investigaciones como la del prof. Moreso trascendieran los confines de la reflexión iusfilosófica. En lo que sigue presentaré sólo algunos de los muchos aspectos interesantes de la obra citada, intentaré facilitar y contextualizar su lectura al jurista no familiarizado con estas cuestiones y formularé algunas reflexiones surgidas con ocasión de su lectura. Evitaré el uso de formalizaciones y simbolizaciones lógicas. Esta medida puede conducir a inexactitudes o simplificaciones, pero quizá facilite la comprensión de ciertos planteamientos.

Concretamente me ocuparé, (1) en primer lugar, de una cuestión previa, pero importante en el planteamiento de Moreso: el papel de la lógica en este círculo de problemas. Después (2) me detendré propiamente en las críticas de este autor a la visión de la indeterminación del derecho desde los puntos de vista del noble sueño y (3) del realismo

jurídico. Finalmente (4) me referiré a la concepción del derecho que este autor sostiene y (5) expondré una breves conclusiones.

1. ¿ES POSIBLE APLICAR LA LÓGICA AL DERECHO?

Esta cuestión ha sido respondida negativamente por muchos autores, si bien la fundamentación ha sido notoriamente dispar. Aun a riesgo de incurrir en cierta simplificación, quizá sea posible dividirlos en dos grandes grupos: (i) el de los juristas y (ii) el de los lógicos. Los primeros han afirmado que el derecho no tiene que ver con la lógica. Los segundos que la lógica no tiene que ver con el derecho.

(i) Los juristas han rechazado a menudo la aplicación de la lógica al derecho exhibiendo una no muy fundamentada aversión hacia sus métodos. Después de todo, se dice, la mayor parte de los juristas han llevado a cabo su función sin necesidad de conocimientos específicos de lógica y los conflictos y las soluciones en derecho parecen tener más que ver con cuestiones de voluntad, fuerza, sentimientos o interés que con la pura racionalidad de la lógica. El lema de estos planteamientos podría condensarse en una célebre afirmación de O. W. Holmes: «la vida del derecho no ha sido lógica, la vida del derecho ha sido experiencia».

Cuando en los años 50 surge la lógica de las normas de Von Wright, algunos autores (especialmente ciertos teóricos de la argumentación jurídica) reaccionaron en contra. Así la tópica de Viehweg (1986, 54 ss.), un buen ejemplo de esta actitud, proclamó su preferencia por el llamado «pensamiento problemático» frente al «pensamiento sistemático» (*vid.* Atienza 1991, 50). En realidad, este rechazo de la lógica se expresa de muy distintas maneras, pero es frecuente que alcancen un tono muy peyorativo, que parece exagerado y poco fundado: Recaséns (1971, 553) se muestra contrario a lo que denomina «computadoritis» y Toulmin considera *naïf* ciertas aplicaciones de la lógica al derecho (*vid.* Neumann 1986, 27). Por su parte, Perelman (1988, 135 ss.), que sí pretendió trasladar al derecho los estudios del lógico Frege, finalmente desistió de su intento e incluso llegó a considerar que la reconducción de los argumentos jurídicos a silogismos sólo puede provocar una «satisfacción pueril» (Perelman 1988, 11).

El rechazo de la lógica por parte de los juristas parece en muchos casos irreflexivo o al menos poco meditado. La agresividad o el recelo que ha despertado la aplicación de la lógica al derecho probablemente obedezca al temor del jurista a que algún estudioso ajeno a la profesión le arrebatase los dominios de su conocimiento. Un miedo infundado a perder su cuota en el mercado de las ideas jurídicas. En realidad, considerar la lógica como algo totalmente ajeno al derecho es autofrustrante, pues implica rechazar de plano la razón en el derecho, lo que descalifica la propia labor del jurista. En cierto sentido, no existe un

método propio de la lógica, sino que la lógica es el método, a pesar de que su articulación en el derecho no sea fácil. Aparentemente, los límites que la lógica encuentra en el derecho han conducido a una extrema disyuntiva: admitirla o rechazarla totalmente.

Quizá fuera más adecuado matizar este planteamiento tan extremado, como han sugerido las actuales teorías de la argumentación jurídica de Alexy (1989, 213 ss.) y Maccormick (1978, caps. II, V), que admiten los métodos de la lógica en el análisis del razonamiento jurídico, pero al mismo tiempo reconocen las limitaciones de la visión silogística de la aplicación del derecho ¹.

(ii) Los lógicos han cuestionado la posibilidad de una lógica de las normas esgrimiendo argumentos sensiblemente más refinados y menos emotivos. El primer gran problema se origina en que la lógica trata con proposiciones, esto es, oraciones de las que cabe predicar verdad o falsedad. Sin embargo, las normas no son verdaderas ni falsas. La norma expresada mediante el enunciado «¡Cierre Vd. la puerta!» no es verdadera ni falsa. Sí decimos de ella, en cambio, que es *eficaz* si se cumple, *válida* si la emite una autoridad competente, o *justa* si es moralmente correcta (imaginemos que la orden en cuestión proviene de un docente que pretende evitar que unos alumnos próximos a la salida del aula, se resfríen). En consecuencia, la lógica, vinculada a los valores de verdad o falsedad, no podría aplicarse a las normas.

Esta situación nos sitúa ante una disyuntiva aporética, que se conoce como dilema de Jörgensen: o rechazamos la lógica para las normas o bien modificamos la noción de lógica, emancipándola de los valores de verdad y falsedad. El primer cuerno del dilema parece conducir a resultados contraintuitivos y contrarios a la propia idea de *sistema* jurídico, que presupone cierta lógica entre las normas. El segundo cuerno supone la creación de una lógica específica de las normas, una lógica deóntica.

Naturalmente, la adopción de este segundo cuerno del dilema puede seguir varias vías. Alchourrón y Martino (1990) han propuesto enfatizar la idea de consecuencia lógica con el fin de expandir el campo de la lógica también al ámbito de las normas. Sin embargo, Moreso (1997, 24 ss.), frente a tal planteamiento, se inclina por una lógica de las normas que trataría con la eficacia. La analogía entre la noción de verdad en las proposiciones descriptivas y la de cumplimiento en las normas permitiría construir una semántica de las normas a la que aplicar la lógica. En un mundo deónticamente perfecto, «obligatorio

¹ Bajo una cierta perspectiva (pues se trata de una distinción ambigua –REDONDO 1996, 219 ss.–), la adopción por parte de estos autores de la distinción entre justificación interna y externa de WRÓBLEWSKI (1974) supone aceptar la lógica en el razonamiento jurídico (justificación interna), pero al mismo tiempo reconocer las limitaciones de una aplicación silogística del derecho, lo que debe impulsar el intento de colmar esas *lagunas de racionalidad*, ensayando otros criterios racionales en la llamada justificación externa.

usar cinturón de seguridad» significa que todos los conductores lo utilizan; «prohibido fumar» se traduce en que nadie fuma y «permitido fumar» en que al menos un destinatario fuma: «la eficacia es parasitaria de la verdad: una i-fórmula [imperativa] (...) es eficaz si y sólo si su correspondiente d-fórmula [declarativa] es verdadera» (Moreso 1997, 47).

Además del problema básico que se expresa a través del dilema de Jørgensen, se presentan otros inconvenientes serios a la aplicación de la lógica al derecho. Moreso se refiere a (i) la llamada paradoja de Ross (Moreso 1997, 66) y (ii) al problema de las antinomias (Moreso 1997, 72 ss.).

(i) La paradoja de Ross. Como es sabido, las normas suelen representarse como un enunciado condicional en el que el antecedente es un supuesto de hecho y el consecuente una conducta calificada deónticamente. Por ejemplo:

(1) «si un individuo x mata a otro y [antecedente], entonces es obligatorio que x sea sancionado con una privación de libertad por tiempo t [consecuente]».

Lógicamente de «es obligatorio que x sea sancionado con una privación de libertad por tiempo t» puede derivarse «es obligatorio que x sea sancionado con una privación de libertad por tiempo t o que se vaya de vacaciones al Caribe».

Esta consecuencia lógica representa un problema grave para la aplicación de la lógica al derecho porque prácticamente es posible asociar al supuesto de hecho de una norma cualquier consecuencia normativa.

(ii) El problema de las antinomias. Cuando en un sistema normativo nos hallamos con antinomias, entonces podemos derivar cualquier consecuencia jurídica de dicho sistema (*ex falso quodlibet sequitur*). De un sistema inconsistente (falso) puede derivarse cualquier consecuencia jurídica.

En los casos examinados, la cuestión es entonces cómo evitar este efecto de ilimitación de las consecuencias jurídicas de un sistema normativo. La solución pasa por la determinación de cuáles son las consecuencias lógicas *relevantes*. Moreso se adhiere al planteamiento de Schurz (Moreso 1997, 67 ss.), según el cual, en síntesis, sólo son relevantes las conclusiones cuyas variables proposicionales no sean sustituibles por cualquiera otra. En nuestro ejemplo, «es obligatorio que x sea sancionado con privación de libertad por el tiempo t o que se vaya de vacaciones al Caribe» no es relevante, porque vale decir «obligatorio que x sea sancionado con privación de libertad o que se vaya a cenar con Almudena» («o que pasee con Jeromo», «o que estudie empresariales»...). Es, en cambio, una conclusión lógica y relevante: «obligatorio que x sea sancionado con privación de libertad por un tiempo t».

2. EL DERECHO LO DICE TODO

Como es sabido, la mayor parte de los sistemas jurídicos continentales *se creen* completos o al menos *quieren hacernos creer* que lo son (es decir, que son omnicomprendivos porque contemplan todos los posibles casos futuros y que son propiamente completos porque determinan una solución normativa para cada uno de los supuestos de hecho que contemplan). Sólo así se explica que, según el ordenamiento jurídico español (arts. 1.7 CC; 11.3 LOPJ, 361 LEC, etc.), el juez no pueda abstenerse de decidir (prohibición del *non liquet*) y que, al mismo tiempo, su motivación deba ceñirse estrictamente al derecho válido. En otras palabras, el derecho debe presuponerse pleno, puesto que el juez debe decidir en todo caso, sin que pueda crear nuevo derecho. Se trata de una ficción, que hunde sus raíces en los propios orígenes del movimiento codificador, y que está llamada a preservar el principio de separación de poderes del Estado de derecho. Tal ficción considera a los jueces órganos meramente aplicadores, técnicos. Pero, como quiera que en realidad el juez sí debe ejercer cierta discreción judicial bajo una ficción de mera aplicación, el resultado tiene algo de paradójico: los órganos jurisdiccionales (en sentido amplio: Tribunal Constitucional, órganos del poder judicial, etc.) que, dada su estricta vinculación al principio de legalidad, aparentemente disfrutan de menor libertad, podrían sustraerse del control de legalidad con mayor facilidad que otros órganos propiamente *productores* de derecho como el legislativo. En este sentido, con razón señala Guastini (1992, 178) que el Estado de derecho está «*incompiuto*». No está *consumado* o *completo*: el control de legalidad corresponde en última instancia a órganos jurisdiccionales. Esto significa que la cuestión de la interpretación del derecho, de la discreción judicial y de la plenitud del sistema jurídico son de la mayor trascendencia para la propia noción de Estado de derecho.

Sin embargo, la teoría del derecho no tiene por qué creerse las pretensiones holistas del ordenamiento jurídico. La realidad es que el derecho, en tanto que obra humana, es falible y puede adolecer, entre otras cosas, de lagunas. Este aserto, aparentemente muy razonable, ha sido cuestionado reiteradamente y se ha negado que el derecho pueda presentar lagunas. Se ha negado, dicho en otros términos, que el derecho «pueda permanecer en silencio». Como sugiere Moreso (1997, 78 ss.), la cuestión puede expresarse aún de otra manera: si ninguna norma de un ordenamiento jurídico dice nada acerca de la conducta de fumar, entonces ¿podemos decir del enunciado «jurídicamente está prohibido fumar»: que es verdadero, que es falso o bien que no es ni verdadero ni falso? Para el análisis de la cuestión Moreso (1997, 133 ss.) refiere una disputa entre Russell y Strawson acerca de las descripciones definidas (*vid.* Alchourrón 1991). El enunciado «jurídicamente está prohibido fumar» sería análogo al enunciado:

(2) «El actual rey de Francia es sabio»

Este enunciado puede no ser verdadero por dos razones:

- a) porque el actual rey de Francia no es sabio
- b) porque no existe en la actualidad un rey de Francia

En el caso a) decimos que el enunciado (2) es falso. En el caso b) decimos que el enunciado (2) no es verdadero... ni tampoco falso (a lo sumo podríamos decir que es falso en un sentido distinto del anterior). Simplemente falta una condición para poder hablar de la sabiduría del rey, que es la propia existencia de un rey en la Francia actual. Como señala Moreso, en el caso de las lagunas, vale este planteamiento. Dado el enunciado:

- (3) «Jurídicamente está prohibido fumar»

Este enunciado puede no ser verdadero por dos razones:

- c) porque existe una norma jurídica que permite fumar
- d) porque no existe ninguna norma jurídica en el ordenamiento sobre la conducta de fumar

En el caso c) diremos que el enunciado (3) es falso. En el caso d) el enunciado (3) de nuevo no parece verdadero ni falso. El derecho simplemente ha guardado silencio y esto significa que nos hallamos ante una indeterminación. No sabemos si el derecho permite o prohíbe fumar. Admitir que esta ignorancia pueda producirse parece muy razonable, pero hay algunos autores que no lo han considerado oportuno. A su juicio, el enunciado (3) debe ser o bien verdadero o bien falso. Según el ordenamiento jurídico, fumar está prohibido (es obligatorio no fumar) o está permitido y no hay más posibilidades y esto presupone que el derecho ofrece siempre una respuesta. El silencio del derecho sería sólo aparente.

Filósofos del derecho tan dispares como Kelsen o Dworkin han sostenido de algún modo la completitud del derecho, porque ambos han tendido a idealizar el derecho: Kelsen con argumentos formales (el principio de prohibición) y Dworkin con argumentos materiales (el derecho está vinculado a la moral, que siempre ofrece una respuesta correcta a las controversias jurídicas). Moreso critica las estrategias de Kelsen, Dworkin y Raz al respecto, si bien en lo que sigue sólo me ocuparé de las dos primeras, que presentan una cierta unidad.

(i) Kelsen sostuvo el principio de prohibición. Según el principio de prohibición, todo lo que no está prohibido, está permitido; esto es, todo está prohibido o permitido. Sobre esta base algunos autores han pretendido que el derecho es pleno, porque cuando no contempla una conducta, se entiende permitida. Moreso (1997, 92 ss.) se sirve de la célebre crítica de Alchourrón y Bulygin (1993, 171 ss.), quienes demostraron que el principio de prohibición es falso o bien trivial.

Para verlo mejor, volvamos al enunciado (3). Si es falso por c), entonces fumar está «permitido en sentido fuerte», porque existe alguna norma jurídica que permite expresamente fumar. Si el enunciado (3) es falso por d), entonces fumar está «permitido en sentido débil» por-

que no hay norma alguna sobre fumar. Si el principio de prohibición dice «todo lo que no está prohibido, está permitido en sentido fuerte», entonces el principio de prohibición es falso, porque no es cierto que siempre que una acción no está prohibida exista necesariamente una norma que la permita expresamente. Esto sólo sucede en los sistemas jurídicos que hayan incorporado expresamente el principio de prohibición tal como acaba de ser interpretado. Si el principio de prohibición dice «todo lo que no está prohibido está permitido en sentido débil», entonces, en efecto, la afirmación se vuelve trivial porque se afirma que todo lo que no está prohibido, no está prohibido. En suma, el principio de prohibición no es válido.

(ii) Dworkin (1994) ha defendido, frente al positivismo, la completitud del derecho, sobre la base de la «tesis de la bivalencia», según la cual un enunciado como (3) es verdadero o falso y *tertium non datur*. En realidad, Dworkin se basa en que los juristas asumen la tesis de la bivalencia, pero entonces, como bien señala Moreso (1997, 99), el argumento de Dworkin se asemeja al principio de prohibición en sentido fuerte. No es necesario que el principio de bivalencia, como el de prohibición, pertenezca a todos los sistemas jurídicos o sea presupuesto por todos los juristas.

Como destaca Nino (1993, 508), Dworkin comete el mismo tipo de error que Kelsen consistente en confundir normas y proposiciones normativas, según advirtieran Alchourrón y Bulygin (Bulygin 1991, 376-7). «Prohibido fumar» expresa una norma que podemos llamar N1 (ni verdadera ni falsa, por cierto). «Existe una norma N1 en el derecho español que prohíbe fumar» expresa una proposición normativa, que llamaré PN1, que es verdadera o falsa, según N1 pertenezca o no al sistema jurídico español. Pues bien, la negación de la norma N1 supone la permisón de fumar, pero la negación de la proposición normativa PN1 no es la permisón de fumar sino sólo la negación de que N1 pertenezca al derecho español. A la negación de una norma la denominan Alchourrón y Bulygin «negación interna». A la negación de una proposición normativa la llaman «negación externa» (Alchourrón/Bulygin 1993, 176).

En el caso de Dworkin el axioma de la plenitud del derecho es particularmente importante porque este autor rechaza la tesis positivista de la discreción judicial. A juicio de Dworkin, el derecho siempre proporciona una respuesta a todas las controversias y además se trata de la única respuesta correcta, fruto de dos dimensiones del derecho: su consistencia con las normas del sistema y su corrección, su adecuación material. El derecho es, pues, fruto de una interpretación («el derecho como integridad») que se asemejaría a un ejercicio literario consistente en seguir con coherencia y buen criterio la narración que, a su vez, es la continuación de la obra de un autor anterior y así sucesivamente formando una «novela en cadena» («*chain novel*») (Dworkin 1992, cap. 7).

Moreso, en cuanto analítico, no puede admitir estos planteamientos decididamente hermenéuticos y en cuanto positivista, que distingue el

derecho que es del derecho que debe ser, del derecho ideal, no puede tampoco admitir como necesaria la confusión del sistema jurídico con una serie de prácticas interpretativas orientadas a un derecho ideal.

Naturalmente, las consideraciones vertidas acerca del enunciado (3) valen para el enunciado:

(4) «Constitucionalmente está prohibida la conducta p»

A pesar de que las consideraciones acerca de la interpretación del derecho y de su indeterminación puedan trasladarse sin violencia al plano constitucional, como bien se demuestra en Wróblewski (1988), lo cierto es que en este ámbito la discusión sobre la indeterminación del derecho genera un interés especial, por la gran relevancia de sus consecuencias². No por casualidad, Moreso (1997, cap. V) en el capítulo conclusivo de su libro, traslada al plano constitucional las categorías analizadas sobre interpretación en los capítulos precedentes de su obra.

3. EL DERECHO NO DICE NADA

Hasta ahora, me he ocupado de consignar la crítica que Moreso efectúa desde su vigilia a los nobles soñadores. Es posible que alguien pudiera sentirse tan persuadido por los argumentos en favor de la indeterminación del derecho, como para sumirse en una desagradable pesadilla: puesto que el derecho se halla indeterminado, que los lenguajes naturales son tan imprecisos; en suma, que todo es pura interpretación, entonces quizá el derecho diga tan poco, que un jurista hábil pueda hacerle decir cualquier cosa y, si esto es posible, entonces debemos suponer que el derecho realmente no dice absolutamente nada y no puede ser considerado una guía de nuestras acciones. Sólo podemos intentar predecir qué es lo que los jueces en su momento decidirán. Esta pesadilla se llama realismo jurídico y también *Critical Legal Studies*. Volviendo al símil de la novela en cadena, Dworkin sostiene que, si debemos continuar una novela, ésta ofrecerá información suficiente como para estructurar un único argumento ideal al que podemos acceder con habilidad y buena voluntad. El realismo, en cambio, a la vista de su homónimo, el realismo mágico, se da cuenta de que el curso de una novela puede seguir infinitas historias con el único límite de la fantasía. Pero ¿podemos decir que el derecho es pura fantasía?

Una cuestión que ilustra claramente la argumentación en la pesadilla es el problema *sorites* (Moreso 1997, 108 ss.). Como nuestro autor destaca, se trata de un asunto planteado de antiguo: ¿cuántos pelos debe perder un hombre para ser calvo?, ¿a qué hora precisa comienza la noche?, ¿cuántos granos se necesitan para hacer un montón

² El protagonismo de estándares normativos abiertos e imprecisos como los principios constitucionales han impulsado en la actualidad un renovado antipositivismo, por poner un ejemplo (*vid.* PRIETO 1997).

(«soros» en griego)?, ¿cuántos dólares debemos poseer para ser ricos? Los términos vagos como «calvo», «noche», «montón» o «rico» adolecen de una vaguedad que, trasladada al campo del derecho, puede provocar la pesadilla. Alguien que tiene 10.000.000.000 de dólares es rico. Pero también lo es quien tiene 9.999.999.999 y también quien dispone de 9.999.999.998 y así sucesivamente hasta que, finalmente, dada la ausencia de límites precisos podemos llegar a afirmar que quien tiene por todo patrimonio 1 dólar es rico y esta conclusión ya parece más discutible.

La llamada tesis de la *indeterminación radical* (Moreso 1997, 209) presenta unas notables dificultades. Si aceptamos plenamente la argumentación *sorites*, entonces cualquier análisis se torna imposible en nuestros lenguajes naturales. En opinión de Kripke que recoge nuestro autor (Moreso 1997, 210), la gravedad de la cuestión es análoga a la que presenta «el problema de Hume» en el ámbito de la causalidad. El argumento de Hume, como es sabido, sostiene que la relación entre causa y efecto no es necesaria, sino que simplemente refleja un hábito psicológico. Si dejamos caer una manzana, no sería posible probar la cadena de causas que dan lugar a la caída de la manzana. Los nexos causales representarían el hábito psicológico de encontrar unidas en el tiempo y en el espacio una serie de hechos como soltar un objeto y ver que cae al suelo³. El hecho de que el planteamiento de Hume no haya sido resuelto satisfactoriamente, ha llevado a hablar de «escándalo de la filosofía» (Von Wright 1987, 58⁴). El hecho de que la paradoja *Sorites* presente difícil solución parece ser uno de los más graves escándalos de la filosofía del derecho. Por esta razón, Moreso explora otras alternativas a la aceptación de *sorites*, como son la construcción de las llamadas *lógicas borrosas*, la exclusión epistémica de la vaguedad y, singularmente, la teoría de las superevaluaciones por la que manifiesta su predilección (Moreso 1997, 121 ss.), a pesar de que presenta alguna incompatibilidad con la lógica de la verdad de la que nuestro autor parte (Moreso 1997, 78 ss.). La teoría de las superevaluaciones insiste en el carácter convencional del lenguaje, que nos permite estipular *precisiones*, intensiones, que definan los límites de los conceptos. Por ejemplo, pensemos en el inglés que subió una colina, pero bajó una montaña en Pfynton Garw:

- i) Precisión 1: una montaña es una cumbre de 900 o más pies.
- ii) Precisión 2: una montaña es una cumbre de 980 o más pies.
- iii) Precisión 3: una montaña es una cumbre de 1000 o más pies.

La extensión del concepto de montaña comprende todos los picos que se hallan a la derecha de la precisión:

³ «No tenemos otra noción de causa y efecto sino la de ciertos objetos, que *siempre* han estado *unidos* y que en todos los casos pasados se ha visto que son inseparables. No podemos penetrar en la razón de esta unión. Observamos sólo el hecho mismo y vemos que, de la unión constante, los objetos adquieren una unión en la imaginación» (HUME, 1982, 102).

⁴ Tomo el dato de GONZÁLEZ LAGIER 1995, 118, 121.

0...600...900...940...950...980...990...1000...1020...1040...

\updownarrow \updownarrow \updownarrow
 prec. 1 prec. 2 prec. 3

Pues bien, dado el enunciado

(5) «The Garth, de 984 pies, es una montaña»

Diremos que (5) es verdadero de acuerdo con las precisiones 1 y 2, pero es falso según la precisión 3. Son superverdaderos los enunciados verdaderos bajo todas las posibles precisiones y superfalsos los falsos de acuerdo con todas las precisiones. En este sentido, el enunciado (5) no es superverdadero ni superfalso, porque según unas precisiones es verdadero y según otras falso. Por el contrario, el enunciado siguiente es superfalso:

(6) «para todo n, si una cumbre de n pies es una montaña, una cumbre de n-1 pies también lo es».

Cualesquiera que sean las precisiones, (6) es falso. La invalidación del enunciado (6) supone cancelar la posibilidad de una argumentación *sorites*.

Moreso es, en definitiva, partidario de un *virtus in medio stat* entre el noble sueño y la pesadilla, que continúa la razonable tradición del positivismo de Hart (1994) o de Carrió (1971) en su célebre disputa con Soler (1969). No debemos olvidar que el derecho es una obra humana e imperfecta, pero tampoco podemos negar que existen normas y que funcionan como una guía de comportamiento. Dicho en otros términos, existen casos difíciles, pero también casos fáciles. En cierta ocasión, McCormick, preguntado acerca de la plausibilidad de la distinción entre casos fáciles y difíciles, respondió que en el plano teórico todos los casos son difíciles, porque todos son problematizables, pero pragmáticamente, existen casos fáciles y difíciles⁵. En efecto, diariamente, los juristas se encuentran ante casos que no plantean dudas y otros que plantean dificultades. En este plano pragmático podemos hallar un límite para problemas como *sorites*. Moreso articula la cuestión en el plano pragmático a través de la noción wittgensteiniana de forma de vida («*Lebensform*»). En ella nuestros actos de habla cobran un sentido definido.

Entre las víctimas de la pesadilla Moreso (1997, 212) incluye a Riccardo Guastini. La razón básica consiste en que el profesor genovés sostiene la teoría de que la norma es el resultado de la interpretación y, por tanto, no es posible contemplar un significado verdadero preexistente a la atribución de significado al enunciado normativo por parte del intérprete. Entrar en esta cuestión con cierta profundidad requeri-

⁵ El día 21 de mayo de 1992 en el curso de doctorado «Racionalidad y Derecho I», celebrado en el Palacio de Pineda de Valencia a pregunta del prof. Pablo E. Navarro.

ría un espacio del que no dispongo, pero me pregunto si es justo emparejar a Guastini con los autores del realismo o de los *Critical Legal Studies*. Existe un abismo infranqueable entre estas corrientes que, reacias al análisis conceptual del derecho (algo que no existe), usualmente terminan construyendo una psicología o una sociología del derecho (su contexto de descubrimiento) y Guastini, que contribuye al desarrollo de una teoría analítica del derecho (un derecho que existe). Si las apreciaciones de Moreso en este sentido son correctas, entonces cabe imputar a los planteamientos de Guastini una cierta incoherencia, porque desarrollaría una teoría del derecho a partir de entidades que no existen. Sin embargo, quizá el escepticismo de Guastini se explique por el reiterado recurso a instrumentos como la teoría de los actos de habla o de la forma de vida para determinar un cierto cognoscitivism ético como sucede en la teoría del discurso de Alexy (p. ej. 1989, 111, 113, 119, 175) y Habermas (1994), lo cual quizá aconseje ser cuidadoso con este tipo de instrumentos originados por el pensamiento analítico y desvirtuados por teorías de orientación radicalmente opuesta (vid. Betegón 1997).

4. EN SUMA, EL DERECHO NO LO DICE TODO, PERO DICE ALGO. ¿CÓMO SABEMOS ENTONCES QUÉ DICE? ¿QUÉ ES EL DERECHO?

Moreso adopta la reconstrucción del derecho de Alchourrón/Bulygin (1991, 1993), según la cual, un *sistema jurídico* es un sistema axiomático, compuesto básicamente por un conjunto de normas formuladas (base axiomática) y un conjunto de normas derivadas de ellas (teoremas, consecuencias lógicas). Esto no significa que un sistema jurídico sólo contenga normas. También encontramos definiciones, expresiones de deseos, etc. Para que un sistema normativo (S1) pueda cambiar, ser dinámico, debe hallarse en su base axiomática al menos una norma de competencia, que faculte a alguna autoridad para crear nuevas normas. En caso contrario el sistema no podría cambiar nunca, es decir, sería estático, en expresión de Kelsen (1991, 203 ss.). Sin embargo, desde el propio momento en que se promulga (o se deroga) una norma, estamos alterando la base axiomática y eso significa que estamos modificando también las consecuencias jurídicas que se derivan de ella. Ya no nos hallamos ante S1, sino ante S2. Esto significa que el derecho es un sistema normativo que es sustituido a diario cada vez que alguna autoridad promulga o deroga una norma. Sin embargo, todos tenemos la impresión de que, a pesar de la sucesión de sistemas, S1, S2..., nos hallamos ante el mismo derecho (p. ej. el español) antes y después de la promulgación de una ley orgánica o de la derogación de un simple reglamento. Para resolver esta cuestión, Alchourrón y Bulygin recurren a la noción de *orden jurídico*. Se denomina orden jurídico a la sucesión de sistemas normativos. En suma, un orden jurídico

es una secuencia de sistemas normativos compuestos a su vez de un conjunto de normas formuladas por alguna autoridad (principio de legalidad) y un conjunto de normas derivadas lógicamente de ellas (principio de deducibilidad).

Por ejemplo, decimos que una norma N1 es válida según el derecho español en el momento t1, cuando forma parte del sistema normativo jurídico español Sje1 que pertenece al orden jurídico español Oje en t1. ¿Cómo reconocer el orden jurídico? La respuesta positivista ha sido plural. Algunos de los criterios para identificar el derecho han sido el del mandato del soberano de Austin, la norma fundamental de Kelsen o la regla de reconocimiento de Hart. Moreso (1997, 148 ss.), por su parte, reproduce la regla definicional de identificación del derecho propuesta por Bulygin (1991, 263-264): una serie de normas independientes, originarias, identificadas extensionalmente, esto es, N1, N2, N3... que conformarían la primera constitución; a estas normas se añaden las que se incorporen básicamente a través de dos criterios: el de legalidad y el de deducibilidad. Según el criterio de legalidad, pertenecen al sistema jurídico las normas promulgadas según procedimiento y competencia determinados en alguna norma del sistema. Las normas de los sistemas previos derogadas dejan de pertenecer al sistema y aquellas no derogadas siguen siendo válidas. Según el criterio de deducibilidad, también pertenecen al derecho las consecuencias lógicas del sistema.

Sin embargo, las normas que luego aplican los jueces no son siempre las reconocidas por esta regla de identificación. Hay dos ejemplos muy reveladores: la aplicación del derecho derogado a través de una disposición transitoria y la del derecho extranjero a través de las normas de conflicto de derecho internacional privado. El derecho histórico y el extranjero no son válidos, pero son aplicables cuando así lo determina alguna norma válida del sistema (la disposición transitoria y la norma de conflicto).

A la vista de estas dos nociones, pertenencia y aplicabilidad (Bulygin 1991b), cabe establecer un modelo de validez que se identifica con la pertenencia y que recurre a la aplicabilidad como complemento teórico para dar cuenta de dos irregularidades: la aplicación por los jueces de normas no válidas (que no pertenecen al sistema) y la inaplicación de normas válidas (pertenecientes al sistema).

Entre las normas no válidas aplicables que analiza Moreso (1997, 155 ss.) figuran ciertos estándares de la moralidad, las normas consuetudinarias, las normas irregulares (*v. gr.* inconstitucionales) y las normas llamadas por este autor «receptadas» (de algún ordenamiento jurídico anterior, como *Las siete Partidas*, por ejemplo). Entre las normas válidas inaplicables Moreso considera especialmente las que se hallan en situación de *vacatio legis*, las normas que llama «canceladas» (es decir, excluidas de aplicación por algún criterio -jerárquico, de especialidad...- de resolución de antinomias) o las consecuencias lógicas irrelevantes del sistema. Naturalmente, cabría añadir las normas válidas inaplicables en favor de una norma extranjera o una norma histórica

por virtud de una norma de conflicto o de una disposición transitoria respectivamente.

El esquema diseñado es claro y permite superar sin problemas muchos de los obstáculos que se le han presentado al positivismo jurídico. Me gustaría detenerme en la cuestión de los estándares de la moralidad, porque la crítica al positivismo jurídico en las últimas décadas ha confundido reiteradamente pertenencia y aplicabilidad.

En efecto, la teoría de Dworkin ha pretendido criticar al positivismo jurídico a partir de la constatación de ciertos *principios morales* sin base jurídico-positiva en las decisiones judiciales como por ejemplo «nadie puede beneficiarse de su propio crimen». Según Dworkin (1984, 72 ss.; 1996, 16 ss.), esto prueba que el derecho no sólo está compuesto por una serie de reglas identificadas según algún criterio formal positivista, sino que el derecho también contiene una serie de principios morales, cuya pertenencia al sistema no puede ser explicada por los criterios positivistas. En otro lugar he intentado sostener las siguientes tres opiniones sobre esta cuestión (García Figueroa 1997, 3.3.; 4.5.3):

i) Frente a Hart y con Nino, cabe afirmar que tales principios no pertenecen al derecho, sino que son expresión de una forma de discreción judicial.

ii) Tales principios, en cambio, sí pueden ser aplicables. De la correcta (no arbitraria) aplicación de principios morales por los jueces no debe inferirse inmediatamente su pertenencia al derecho, sino a lo sumo su aplicabilidad merced a alguna norma del sistema que habilite al juez para ejercer cierta discreción guiada por las indicaciones constitucionales por ejemplo. La norma más explícita en este sentido es el art. 1.2 del código civil suizo ⁶, aunque también lo serían las normas que remiten al juez a las buenas costumbres, al orden público, etc.

iii) El caso de la aplicabilidad de estándares morales presenta una particularidad con respecto al resto de normas aplicables. Así como desde el punto de vista del observador tanto el derecho extranjero como la moral son órdenes normativos ajenos al derecho; en cambio desde el punto de vista interno del participante y singularmente del juez las cosas son sensiblemente distintas, pues, si bien el derecho de otro país sigue siendo considerado no válido, ciertos principios morales son considerados jurídicos por quien los aplica. Aquí radica una importante distorsión del derecho que fomenta la adopción del punto de vista interno por parte del no positivista.

En suma, teorías como la de Dworkin confunden pertenencia y aplicabilidad y refuerzan esta confusión con la adopción del punto de vista del participante, que no distingue el derecho que es del derecho que debe ser según la moral social y la moral crítica.

⁶ Según el código civil suizo, en caso de insuficiencia de la ley para decidir un caso, el juez «debe decidir según la regla que dispondría como legislador» (ver STROLZ 1991).

El planteamiento de Moreso proporciona, así pues, un esquema elegante y claro que permite dar respuesta a muchos de los problemas planteados al positivismo jurídico por parte del iusnaturalismo y de versiones actualizadas como la de Dworkin.

5. CONCLUSIÓN

Son múltiples las virtudes que presenta la obra de Moreso aquí comentada y, con ellas, las razones para renunciar a experiencias oníricas y, a cambio, pasar una vigilia con este autor. Si hubiera que seleccionar las principales, quizá destacaría los siguientes aspectos: rigor, *demistificación* (y desmitificación), razonabilidad y vocación de apertura.

En primer lugar, se trata de una obra rigurosa y no podía ser de otro modo, pues toma sus métodos y fundamentos conceptuales de los planteamientos de la tradición analítica inaugurada para la filosofía del derecho en lengua española por Alchourrón y Bulygin (1993) con *Normative Systems* (1971) hace ya más de un cuarto de siglo. En este sentido, el libro del prof. Moreso constituye uno de los mejores síntomas del buen momento que atraviesa la filosofía del derecho en nuestra lengua (ver Garzón Valdés/Laporta 1996).

Presenta un contenido demistificador (*vid.* Hart 1982), en la medida en que pone de manifiesto las limitaciones del derecho frente a las sublimaciones promovidas por nobles soñadores, ya sean iusnaturalistas o positivistas teóricos. Moreso rechaza el holismo hermenéutico de Dworkin y principios como el de prohibición o la cláusula alternativa tácita (Moreso 1993). Este talante caracteriza al positivismo desde los tiempos del propio Bentham (1773, 80 ss.), cuando éste rechaza incisivamente la opinión de Blackstone de que el derecho inglés era nada menos que *pluscuamperfecto*.

Pero al mismo tiempo, la obra de Moreso es razonable, porque preserva la teoría del derecho de su disolución en manos del nihilismo realista expresado en la pesadilla, que reconduce todas las cuestiones a su contexto de descubrimiento.

Por último, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución* es una obra con vocación de apertura hacia otras áreas. La traslación de problemas de teoría general al contexto del derecho constitucional parece facilitar las relaciones entre la filosofía del derecho y las disciplinas jurídicas dogmáticas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCHOURRÓN, Carlos E., (1991): «Hay realmente un desacuerdo entre Strawson y Russell respecto de las descripciones definidas?» (1976) en Alchourrón/Bulygin 1991, 535-543.

- ALCHOURRÓN/BULYGIN, Carlos E. y Eugenio, (1991): *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ALCHOURRÓN/BULYGIN, Carlos E. y Eugenio, (1993): *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales* (1971), Astrea, Buenos Aires (2ª reimpr.).
- ALCHOURRÓN/MARTINO, Carlos E., (1991): «Logic without Truth», en *Ratio Juris*, vol.3, núm. 1, 46-67.
- ATIENZA, Manuel, (1991): *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- ALEXY, Robert, (1989): *Teoría de la argumentación jurídica* (1978), trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- BENTHAM, Jeremy, (1973): *Fragmento sobre el gobierno* (1776), trad. de Julián Ramos, Aguilar, Madrid.
- BETEGÓN, Jerónimo, (1997): «Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección», ponencia presentada al II Congreso de Teoría Analítica del Derecho celebrada en Sitges en octubre de 1997, en prensa.
- BULYGIN, Eugenio, (1991a): «Kant y la filosofía del derecho contemporánea» (1980), en Alchourrón/Bulygin 1991, 371-391.
- BULYGIN, Eugenio, (1991b): «Tiempo y validez» (1982), en Alchourrón/Bulygin 1991, págs. 195-214.
- CARRIÓ, Genaro R., (1971): *Algunas palabras sobre las palabras de la ley*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- DWORKIN, Ronald, (1984): *Los derechos en serio* (1977), Ariel, Barcelona.
- DWORKIN, Ronald, (1992): *El imperio de la justicia* (1986), trad. de Claudia Ferrari, Gedisa, Barcelona.
- DWORKIN, Ronald, (1994): «¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?» (1978), trad. de Maribel Narváez Mora, en Casanovas, P. y Moreso, J. J. (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 475-512.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, (1997): *El no positivismo principialista. Las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, tesis doctoral, Toledo. En prensa, bajo el título *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- GARZÓN VALDÉS/LAPORTA, Ernesto y Francisco J., (1996): «Introducción» a AA. VV., *El derecho y la justicia*, Trotta/CSIC/BOE, Madrid, 11-14.
- GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, (1995): *Acción y norma en G. H. von Wright*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- GUASTINI, Riccardo, (1992): «Note su Stato di diritto, sistema giuridico e sistema politico», en Montanari, B. (comp.), *Stato di diritto e trasformazione della politica*, Giappichelli, Turín, 169-182.
- HABERMAS, Jürgen, (1994): «Teorías de la verdad» (1973), en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Cátedra, Madrid, 113-158.
- HART, Herbert Lionel Adolphus, (1982): «The Demystification of the Law», en *Essays on Bentham*, Clarendon, Oxford, 127-161.
- HART, H. L. A., (1994): «Una mirada inglesa a la teoría del derecho norteamericana: la pesadilla y el noble sueño» (1983), trad. de José Juan Moreso y Pable Eugenio Navarro, en Casanovas, P. y Moreso, J. J., *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 327-350.
- HUME, David, (1982): *Del conocimiento* (1817), trad. de Juan Segura Ruiz, Aguilar, Buenos Aires.
- KELSEN, Hans, (1991): *La teoría pura del derecho* (1960), trad. de Roberto J. Vernengo, Porrúa, México.

- MACCORMICK, D. Neil, (1978): *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon, Oxford.
- MORESO, José Juan, (1993): «Sobre normas inconstitucionales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 38, 81-115.
- MORESO, José Juan, (1997): *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- NEUMANN, Ulfrid, (1986): *Juristische Argumentationslehre*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.
- NINO, Carlos Santiago, (1993): «Dworkin y la disolución de la controversia «positivismo vs. iusnaturalismo», en Squella, A. (dir.), *Ronald Dworkin. Estudios en homenaje*, en *Revista de Ciencias Sociales*, Universidad de Valparaíso (Chile), núm. 38, 495-528.
- PERELMAN, Chaïm, (1988): *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Cívitas, Madrid (reimpr.).
- PRIETO, Luis, (1997): *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México.
- RECASÉNS SICHES, Luis, (1971): *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica de lo razonable*, Fondo de Cultura Económica, Universidad Nacional de México, México.
- REDONDO, María Cristina, (1996): *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- SOLER, Sebastián, (1969): *Las palabras de la ley*, Fondo de Cultura Económica, México.
- STROLZ, Marc Maria, (1991): *Ronald Dworkins These der Rechte im Vergleich zur gesetzgeberischen Methode nach Art. 1 Abs. 2 und 3 ZGB*, Schulthess, Zurich.
- VIEHWEG, Theodor, (1986): *Tópica y jurisprudencia*, trad. de Luis Díez Picazo, Taurus, Madrid, 1986. El origen de este trabajo es el ejercicio de habilitación para la *venia docendi* presentado por el autor en 1953.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, (1987): *Explicación y comprensión*, trad. de Luis Vega Reñón, Alianza, Madrid, reimpr.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, (1974): «Legal Syllogism and the Rationality of Judicial Decision», en *Rechtstheorie*, 5, 33-46.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, (1988): *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Cívitas, Madrid.

La vigilia y la interpretación constitucional

A modo de réplica a Alfonso García Figueroa

Por JOSÉ JUAN MORESO
Universidad de Girona

Alfonso García Figueroa ha tenido la amabilidad de escribir un comentario sobre mi libro *La indeterminación del Derecho y la interpretación constitucional* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997). Su trabajo resume con claridad las tesis principales de mi libro y muestra, en líneas generales, un acuerdo amplio con ellas. Por esta razón, en esta réplica sólo voy a realizar algunos pequeños comentarios sobre ciertos aspectos que, tal vez, requieren de alguna clarificación y que surgen al hilo de sus observaciones, aunque también aprovecharé la ocasión que se me brinda para desarrollar brevemente algunas cuestiones que sólo estaban apuntadas en mi libro. Más concretamente, en la primera parte me referiré a los casos difíciles y el Noble Sueño, a la aplicación de la lógica al Derecho y a la posición de Riccardo Guastini acerca de la interpretación jurídica. En la segunda parte, trataré de mostrar cómo la concepción de la interpretación constitucional defendida en el libro, la *Vigilia*, debería abordar dos cuestiones centrales de la interpretación constitucional: los conceptos esencialmente controvertidos y los conflictos entre principios.

I

1. La caracterización que García Figueroa hace del Noble Sueño creo que requiere alguna matización. Éstas son sus palabras:

En el Noble Sueño, *el derecho lo dice todo*. En consecuencia, como piensa el neoiusnaturalismo hermenéutico de Dworkin, «el más noble de los soña-