ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

José Juan Moreso
Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

I

Juan Ruiz Manero, moderador de esta mesa redonda, nos ha planteado una serie de cuestiones relevantes para una adecuada teoría de la interpretación constitucional. No voy a contestar a todas ellas en esta intervención, aunque debo decir de buen comienzo que el buen tino de Juan en la selección de las cuestiones permite conjeturar que la respuesta a la mayoría de ellas es afirmativa. En realidad, se trata de preguntas retóricas y, seguramente, lo que Juan pretende es que expongamos algunas de nuestras razones en favor de las tesis que él indirectamente presenta. En esta intervención, trataré de mostrar algunas de las peculiaridades de la interpretación constitucional, producidas precisamente por la presencia en nuestros textos constitucionales de conceptos esencialmente controvertidos de determinado tipo. A continuación, me detendré en explicar las dificultades de aplicación de este tipo de textos constitucionales a los casos individuales. En la exposición de estos problemas, desarrollaré una réplica a dos de los argumentos que, surgidos de las filas del positivismo jurídico, pueden argüirse contra las ideas que sostendré, se trata del *argumento de la controversia* y del *argumento de la autoridad*. Deseo señalar de antemano que mis ideas serán presentadas en esta intervención de una forma más bien esquemática y, tal vez, algo especulativa, pero espero que sirvan para el coloquio posterior.

II

Será útil, creo, para la explicación de algunas de las peculiaridades de la interpretación constitucional, distinguir entre *enunciados jurídicos puros* y *enunciados jurídicos aplicativos o subsuntivos*. Llamaré *enunciado jurídico* no a un enunciado del Derecho, sino a un enunciado acerca del Derecho, a enunciados que comienzan con expresiones como («Según el Derecho,...;

o «Jurídicamente,...»). Los enunciados jurídicos puros son aquellos cuya verdad depende únicamente de la existencia de determinadas disposiciones jurídicas. Así, es un enunciado jurídico puro aquel que afirma que según el artículo 12 de la Constitución española los españoles son mayores de edad a los dieciocho años. La verdad de los enunciados jurídicos subsuntivos depende, en cambio, de la existencia de determinadas disposiciones jurídicas y de la verdad de determinadas oraciones fácticas. Así, es un enunciado jurídico subsuntivo aquel que afirma que según el art. 12 de la C.E. Elena es mayor de edad. La verdad de este enunciado jurídico, depende de la existencia de una disposición en la Constitución española con el contenido que conocemos y de la verdad de la oración según la cual Elena es mayor de dieciocho años.[1] El caso anterior de enunciado subsuntivo es uno de los que involucra un supuesto de subsunción individual. Sin embargo, en la interpretación constitucional estamos, a menudo, interesados en casos de lo que puede denominarse subsunción *genérica*, es decir, si un predicado determinado (por ej., «ser mayor de treinta años») está incluido o no en otro predicado (por ej.: «ser mayor de dieciocho años»).[2] La subsunción individual y la subsunción genérica plantean los mismos problemas. Lo que permite conjeturar una explicación de una de las diferencias a menudo señaladas entre la aplicación de la Constitución y la aplicación de la legislación ordinaria; aquella según la cual en el primer caso, a menudo se enjuician normas y, en el segundo, a menudo se enjuician hechos. Aparte de que esto no siempre es así (por ej., los jueces y Tribunales ejercen el control de legalidad de los reglamentos y, por lo tanto, en dichos casos enjuician normas), la diferencia entre ambos casos puede verse a la luz de la distinción entre subsunción genérica y subsunción individual.

Los enunciados jurídicos referidos a la Constitución, llamémosles *enunciados constitucionales*, que plantean problemas no son los enunciados puros como:

---

[1] J. Raz ha distinguido entre *pure legal statements* y *applicative* (o, también, *applied*) *legal statements* en Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, Oxford: Oxford University Press, 1970, 1980², pp. 49-50 y 218 y *The Authority of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 62. R. Hernández Marín llamó a estos enunciados *enunciados consecutivos* (Rafael Hernández Marín, *Teoría general del Derecho y de la Ciencia jurídica*, Barcelona: P.P.U., 1989), en su reciente obra *Interpretación, subsunción y aplicación del Derecho,* Madrid: Marcial Pons, 1999, los llama *enunciados subsuntivos*. Vd. también José Juan Moreso*, La Indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 76-77.

[2] Para la distinción entre subsunción genérica y subsunción individual puede verse Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico» en *Análisis lógico y Derecho*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 308-9.

(1) Según el art. 15 CE, nadie podrá ser sometido a pena o trato inhumano o degradante;

Sino los enunciados subsuntivos como:

(2) Según el art. 15 de la CE, no puede privarse a los reclusos del acceso a las comunicaciones íntimas.

La verdad de (2) depende no sólo de la existencia en el Derecho español de un art. como el 15 de la CE, sino también de la verdad de una oración como

(3) El hecho de privar a los reclusos del acceso a las comunicaciones íntimas es un trato inhumano y degradante.

Ocurre, sin embargo, que (3) contiene un predicado como «trato inhumano o degradante». Tal predicado es un predicado *moral*, en el sentido de que expresa un *concepto moral*. Muchas disposiciones de la CE contienen predicados morales. La cuestión entonces es la siguiente: ¿son aptas para la verdad las oraciones como (3)? Puesto que si no lo son, entonces algunos de los enunciados subsuntivos constitucionales tampoco lo serán.

Esta conclusión no es, para algunos autores, nada sorprendente. Así, para Riccardo Guastini ningún enunciado jurídico subsuntivo es apto para la verdad.[3] Esto conlleva un especial tipo de escepticismo interpretativo que no deseo discutir aquí.

Otros autores, sin embargo, desean distinguir aquellos casos en que la verdad de los enunciados jurídicos subsuntivos depende de oraciones fácticas, de aquellos otros cuya verdad depende de determinadas remisiones a la moralidad. En este segundo supuesto, y dada la amplia discrepancia que existe para determinar el contenido de dichas remisiones, opinan que no es posible atribuir verdad o falsedad a dichas oraciones. Por esta razón, la aplicación de las disposiciones constitucionales que remiten a la moralidad está indeterminada. En dichos casos, los jueces disponen de *discrecionalidad*. Es más, consideran que una posición que acomode estas remisiones a la moralidad socava las tesis iuspositivistas de las fuentes sociales del Derecho y de la separación conceptual entre el Derecho y la moral. Las siguientes palabras de J. Coleman expresan bien esta posición (que Coleman no comparte):[4]

> Los iuspositivistas están comprometidos con la regla de reconocimiento como una regla social. Una regla social está constituida por la conducta convergente aceptada desde el punto de vista interno. Los principios morales que constituyen las fuentes jurídicas obligatorias son inherentemente controvertidos. El

[3] Vd. por ejemplo «Due esercizi di non-cognitivismo» en *Analisi e Diritto 1999*, 277-280.

[4] Jules L. Coleman, «Second Thoughts and Other First Impressions» en Brian Bix (ed.), *Analyzing Law. New Essays in Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 262.

desacuerdo produce conducta divergente más bien que convergente. Esto es, el desacuerdo o la controversia invariablemente afecta a los principios morales jurídicamente obligatorios socava la tesis de la regla social. El contenido de tal regla viene dado por un argumento sustantivo, controvertido, no por la práctica social convergente.

Este es el argumento que deseo discutir en primer lugar y que voy a denominar *argumento de la controversia*.

III

El argumento de la controversia tiene que ver, fundamentalmente, con la cuestión de en qué medida es posible ofrecer respuestas *objetivas* a cuestiones como la de si determinado trato es o no degradante.[5] Habitualmente el problema de la objetividad en materia moral se ha asociado con el problema del realismo moral, esto es, el de si hay hechos o propiedades morales independientes de nosotros (*ahí fuera*, podríamos decir) capaces de hacer verdaderos nuestros juicios morales. Se ha pensado, creo, que una respuesta negativa a esta cuestión implicaba una respuesta no cognoscitivista en materia moral, es decir, que los juicios morales no son aptos para la verdad. Y que ello comporta que no hay lugar para la objetividad en materia moral, esto es, que no hay lugar para el acuerdo racional en materias morales. Esta era, por ejemplo, la posición del emotivismo moral surgido en el ámbito del positivismo lógico.[6] Creo que hay varios pasos no justificados en dicho razonamiento. Ni el antirrealismo moral implica el no-cognoscitivismo, ni ninguno de ambos implica el rechazo del objetivismo en materia moral. Aunque, parece bastante claro que la asunción del realismo moral conlleva el cognoscitivismo y el objetivismo en materia ética.

Es posible rechazar el realismo moral, negando la existencia de propiedades morales en el mundo. De esta manera, si los juicios morales fueran descriptivos de estas propiedades morales valdría acerca de ellos una *error theory*, como la de John Mackie:[7] así comprendidos todos los juicios mora-

[5] En este punto seguiré las ideas de Bernard Williams, tal y como aparecen en el cap. 8 de *Ethics and the Limits of Philosophy,* London: Fontana Press, 1985; «Ethics» en A. C. Grayling (ed.), *Philosophy*, Oxford: Oxford University Press, 1995, pp. 546-582 y «Truth en Ethics», *Ratio* 8 (1985): 227-242.

[6] Así por ejemplo en A. J. Ayer, *Language, Truth, and Logic*, London: Victor Gollancz, 1936. Dicha tesis dependía de la asunción irrestricta del principio de verificación. Como afirma Georg Henrik von Wright (*Norm and Action*, London: Routledge & Kegan Paul, 1963, p. 104 nota 1): «Todavía no hace mucho tiempo se mantenía seriamente en algunos círculos filosóficos que las formulaciones normativas carecen de significado porque no son susceptibles de verdad o falsedad. Esto ilustra el poder de los dogmas filosóficos – en este caso de la denominada teoría verificacionista del significado- para pervertir el uso del lenguaje filosófico».

[7] Vd. *Ethics. Inventing Right and Wrong*, London: Penguin, 1977.

les son falsos. Parece plausible pensar que los hechos morales no tienen poder explicativo independiente,[8] no integran lo que Bernard Williams ha denominado la «concepción absoluta del mundo».[9] Ahora bien, el rechazo del realismo no conlleva la asunción del no-cognoscitivismo. Tampoco los colores integran la concepción absoluta del mundo y, en cambio, los enunciados acerca de los colores son aptos para la verdad. De manera que hay un espacio conceptual para el antirrealismo cognoscitivista.[10] Y todavía es posible sostener que la analogía entre cualidades secundarias como los colores y las propiedades morales anda desencaminada y no rechazar el objetivismo en materia moral. Es posible sostener que los juicios morales son reducibles a prescripciones y dejar un amplio espacio para la objetividad, entendida como acuerdo racional, en moral. Un caso obvio es el de la teoría kantiana.[11] Para Kant, los juicios morales más básicos son prescripciones y el principio fundamental de la moralidad es literalmente un imperativo. Más recientemente, R.M. Hare ha defendido una posición prescriptivista compatible con el objetivismo moral.[12]

Con este paréntesis metaético trato de mostrar que la objetividad moral es compatible con un amplio abanico de posiciones filosóficas sustantivas y que, por lo tanto, la posibilidad de objetividad en materias morales, de acuerdos racionales, socava el argumento de la controversia. Ahora bien, necesitamos un argumento ulterior para mostrar que es posible predicar verdad y falsedad de oraciones como

(3) El hecho de privar a los reclusos del acceso a las comunicaciones íntimas es un trato inhumano y degradante.

Pues bien, incluso para un enfoque no-cognoscitivista de los juicios morales, es posible mostrar como oraciones como (3) son aptas para la verdad. El enfoque no-cognoscitivista suele tener como referencia juicios morales que usan lo que se han denominado conceptos morales ligeros (*thin moral concepts*) que, tal vez, poseen sólo una dimensión prescriptiva, como «bueno», «correcto» o «deber». Pero el discurso moral, contiene también con-

---

[8] Vd. Gilbert Harman, *The Nature of Morality*, Oxford: Oxford University Press, 1977, cap. 1.

[9] Bernard Williams, *Ethics and Limits of Philosophy,* supra nota 5, pp. 138-140.

[10] Vd., por ejemplo, John McDowell, «Values and Secondary Qualities» en Ted Honderich (ed.), *Morality and Objectivity,* London: Routledge & Kegan Paul, 1985, pp. 110-129.

[11] Vd. Bernard Williams, «Ethics», supra nota 5, p. 558.

[12] Vd., por ejemplo, R. M. Hare, *The Language of Morals*, Oxford: Oxford University Press, 1952 y, más recientemente, *Sorting Out Ethics*, Oxford: Oxford University Press, 1997. Otras posiciones cercanas al emotivismo moral, pero compatibles con el objetivismo son, por ejemplo, Allan Gibbard, *Wise Coices, Apt Feelings,* Oxford: Oxford University Press y Simon Blackburn, *Ruling Passions*, Oxford: Oxford University Press, 1998.

ceptos morales densos (*thick moral concepts*), tales como «honesto», «cobarde», o «trato degradante».[13] Parece difícil negar que pueda haber conocimiento acerca de los conceptos morales densos. Poseemos dichos conceptos y sabemos a menudo a lo que nos referimos cuando los usamos. Una explicación de la aptitud para la verdad de los juicios morales que contienen conceptos densos, en la línea del prescriptivismo hareano, es la que separa claramente dos dimensiones, la descriptiva y la prescriptiva, de ambos conceptos. Su contenido descriptivo tiene condiciones de verdad y lleva aparejada la dimensión prescriptiva. Su contenido descriptivo hace que el concepto sea guiado por el mundo, su dimensión prescriptiva lo hace capaz de guiar la acción, de ofrecer razones para la acción. Otros autores, como el mismo Bernard Williams, se inclinan por pensar que la dimensión evaluativa no puede ser netamente separada del contenido descriptivo del concepto, tal vez, porque piensan que lo evaluativo no puede reducirse totalmente a lo prescriptivo, que evaluar no es únicamente una función de desear y, seguramente, porque desean rechazar lo que se ha denominado *centralismo* en moral, que presupone que los conceptos morales ligeros son los más básicos (como Hare), mientras afirman que las conclusiones que usan conceptos morales ligeros sobrevienen a las que usan conceptos morales densos.[14]

Afortunadamente no es preciso pronunciarse sobre esta delicada cuestión para aceptar que las oraciones que predican conceptos morales densos de determinados comportamientos son aptas para la verdad. Los miembros de la comunidad donde está vigente la Constitución española poseemos el concepto de trato degradante y somos capaces de aplicarlo con verdad a algunos casos. De esta manera, nuestros enunciados constitucionales subsuntivos son aptos para la verdad.

Podría argüirse que el uso de oraciones que contienen conceptos densos por parte de los intérpretes y, también, de los órganos de aplicación del Derecho (como los Tribunales Constitucionales) es un uso *entrecomillado*, un uso que se refiere a lo que en la moral social española se conoce como trato degradante, un uso desprovisto de dimensiones evaluativas.[15] La suerte de este argumento depende de la posibilidad de separar netamente la dimensión descriptiva de la dimensión prescriptiva de los conceptos morales densos. Pero aún si esa posibilidad queda en pie, el intérprete o el aplicador precisan *moldear* el concepto, ponerlo en relación con otros conceptos e, ine-

[13] Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, supra nota 5, cap. 8.

[14] Vd. Susan Hurley, *Natural Reasons,* Oxford: Oxford University Press, 1990, cap. 2.

[15] Vd. Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», supra nota 2, pp. 315-316.

vitablemente, para moldear conceptos morales es preciso disponer de un trasfondo moral sobre el cual trabajar.

IV

En el apartado anterior he tratado de mostrar que la presencia de predicados morales en los textos constitucionales no veda la posibilidad del conocimiento neutral de aquello que nuestras Constituciones exigen. Esta conclusión nos autoriza a concluir que la aplicación de las disposiciones constitucionales que contienen predicados morales no es *siempre* discrecional. Hay casos claros de aplicación del concepto tratos degradantes. Es más, un concepto sin casos claros de aplicación no sería ni siquiera un concepto. Es obvio, sin embargo, que los conceptos morales densos son *conceptos esencialmente controvertidos*.[16] Podemos decir que un concepto es esencialmente controvertido si y sólo si: 1) es valorativo, en el sentido de que atribuye a los casos de aplicación del concepto la posesión de algo valioso o disvalioso, 2) la estructura del concepto es internamente compleja de manera que permite criterios distintos que reconstruyen su significado y que compiten entre ellos y 3) reales o hipotéticos, hay algunos casos que son paradigmas de la aplicación del concepto. Por esta razón, puede haber incertidumbre en la aplicación de un concepto moral denso a un caso individual, diversas *concepciones* de un mismo *concepto* producirán soluciones distintas.[17] De esta manera, habrá *casos difíciles* constitucionales, en los cuales el Derecho queda indeterminado y la discreción judicial es inerradicable. Nuestro Tribunal Constitucional ha establecido que, en el ámbito penitenciario, no son tratos inhumanos o degradantes ni la reclusión en celda aislada por catorce días, prevista por el anterior Reglamento penitenciario (STC 2/1987, de 21 de enero), ni la privación de televisor en la celda al interno clasificado en primer grado (STC 119/1996, de 8 de julio), ni la privación de comunicaciones íntimas a los internos clasificados en primer grado (STC 89/1987, de 3 de junio). Otras concepciones del concepto de trato degradante podrían haber conducido a otras soluciones. Tal vez, estos son casos difíciles.

Es oportuno, sin embargo, recordar aquí un argumento que Joseph Raz, el mayor defensor del denominado *positivismo jurídico exclusivo*, según el cual la identificación del contenido del Derecho nunca puede depender de

[16] El *locus classicus* es W. B. Gallie, «Essentially Contested Concepts», *Proceedings of Aristotelian Society*, 56 (1955-6): 167-198.

[17] Vd. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986, pp. 70-73.

la apelación a criterios de moralidad, sino únicamente a hechos sociales, usa contra el llamado *positivismo jurídico inclusivo*, la posición según la cual la identificación del Derecho aplicable por los jueces presupone a veces –cuando las fuentes sociales del Derecho remiten a la moralidad- el uso de pautas morales. Raz sostiene:[18]

> Los defensores de tal concepción del derecho [se refiere a los defensores del positivismo inclusivo] han de suminisitrarnos un criterio adecuado para separar las referencias legales a la moralidad, que hacen de su aplicación un caso de aplicación de reglas jurídicas preexistentes de los casos de *discreción* judicial en los que el juez, al apelar a la consideración moral, está cambiando el Derecho. No conozco ningún intento serio de suministrar tal criterio.

Ahora bien, al menos para los casos de aplicación de conceptos controvertidos que remiten a la moralidad, el criterio que los positivistas inclusivos podrían usar es el siguiente: dado que dichos conceptos tienen un indiscutible componente descriptivo y que permiten identificar paradigmas, entonces en los casos paradigmáticos, y en los suficientemente cercanos a ellos, los jueces aplican pautas preexistentes y no cambian el Derecho; en los casos en que diversas concepciones compiten y resuelven el caso de forma incompatible, los jueces tienen discreción.

V

Algunas veces, la tesis de que el positivismo jurídico es compatible con el hecho de que la identificación del contenido del Derecho dependa, contingentemente, de determinadas pautas morales, se conoce como *incorporacionismo*.[19] Este término puede inducir a confusión, al sugerir que las remisiones del Derecho a la moralidad convierten las pautas morales en parte del Derecho. No hay razones para adoptar este punto de vista. Al menos, no más razones de las que habría para suponer que cuando una disposición jurídica prohibe la construcción de edificios de más de diez metros de altura en determinada zona, o limita el peso al que determinados ascensores pueden ser sometidos a cuatrocientos kilogramos, el Derecho incorpora el sistema métrico decimal. Ahora bien, como los autores que defienden esta posición se han encargado de mostrar, es posible distinguir entre la validez

[18] Joseph Raz, «Legal Positivism and the Sources of Law» en *The Authority of Law,* Oxford: Oxford University Press, 1979, p. 47 nota 8. Vd. también Eleni Mitrophanous, «Soft Positivism», *Oxford Journal of Legal Studies* 17 (1997): 621-642, en p. 642.

[19] Sobre todo en la obra de Jules L. Coleman, así en «Negative and Positive Positivism», *Journal of Legal Studies*, 11 (1982):139-162; «Authority and Reason», en R.P. George (ed.), *The Autonomy of Law*, Oxford: Oxford University Press, 1996, pp. 287-320; «Incorporatinism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis», *Legal Theory*, 4 (1998): 381-426; «Second Thoughts and Other First Impressions», supra nota 4.

de las normas entendida como *pertenencia* a un sistema jurídico determinado, y la validez de las normas entendida como *aplicabilidad*, es decir, como la obligación jurídica de los jueces de usar determinadas normas para justificar sus decisiones.[20] Cuando el Derecho usa conceptos morales densos o remite a determinadas pautas de moralidad, no convierte con ello en parte del Derecho las normas morales, sino que dichas pautas devienen jurídicamente aplicables para los órganos de aplicación.

VI

Sin embargo, el argumento más importante en contra del positivismo jurídico inclusivo es uno que podemos denominar el *argumento de la autoridad*, y que surge de la concepción de la autoridad de Joseph Raz y de su relación con las tesis centrales del positivismo jurídico tal y como Raz las comprende.[21] De hecho, Raz no comparte el argumento de la controversia, puesto que afirma:[22]

> Que la existencia y el contenido del Derecho es una materia de hecho social que puede ser establecida sin apelar a la argumentación moral ni presupone ni implica la proposición falsa según la cual todas las cuestiones fácticas son no controvertidas, ni la concepción igualmente falsa de que todas las proposiciones morales son controvertidas.

El argumento de Raz es complejo y ha sido ampliamente revisado y discutido. Mi pretensión es sólo presentarlo en una forma muy, quizás demasiado, esquemática y prestar atención a alguno de los pasos del argumento.

Una doctrina filosófica acerca del derecho tiene que servirnos para comprender los rasgos más relevantes de la naturaleza de esta institución social. Una característica distintiva del derecho respecto a otros órdenes coactivos,

---

[20] Para la distinción, vd. Eugenio Bulygin, «Tiempo y validez» en Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, supra nota 2, 195-214; José Juan Moreso, Pablo Navarro, «Applicabilità ed Efficacia delle norme giuridiche» en Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (eds.), *Struttura e Dinamica dei sistemi giuridici*, Torino: Giappichelli, 1996, 15-36. Con referencia a la remisión a pautas de moralidad, W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 157 (el mejor libro, a mi juicio, sobre esta discusión en el seno del positivismo jurídico); José Juan Moreso, *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*, supra nota 1, 157-8, Jules L. Coleman, «Second Thoughts and Other Personal Impressions», supra nota 4, p. 263 nota 22 y Scott J. Shapiro, «On Hart's Way Out» en *Legal Theory*, 4 (1998): 469-508, en p.506.

[21] Vd., por ejemplo, Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, Oxford: Oxford University Press, especialmente cap.2 y «Authority, Law, and Morality» en *Ethics in the Public Domain*, Oxford: Oxford University Press, 1994, 194-221.

[22] «Authority, Law, and Morality», supra en nota 21, p. 218. Y, por otra parte, una distinción entre validez como pertenencia y validez como aplicabilidad, puede hallarse en Joseph Raz, «The Identity of Legal Systems» en *The Authority of Law*, supra en nota 1, 78-102.

e.g. una banda de gángsters, es la pretensión de autoridad. Las autoridades jurídicas sostienen que sus normas son legítimas, es decir, que ellas pueden imponer obligaciones a los miembros del grupo social. Esto, por supuesto, no garantiza que las autoridades jurídicas sean realmente autoridades legítimas ya que eso depende de pautas morales independientes de las normas jurídicas. Sin embargo, un dato crucial para diferenciar a un asaltante de una autoridad, e.g. un inspector fiscal, son las razones que invocan para respaldar sus exigencias. Atribuir autoridad a un individuo es reconocer su capacidad para vincularnos mediante normas. Por consiguiente, una doctrina filosófica tiene que explicar en qué consiste y bajo qué condiciones es posible que el derecho tenga autoridad.

Según Raz, un enfoque positivista del derecho es la única propuesta apta para dar cuenta del fenómeno de la autoridad del derecho. La estructura central de su argumento es la siguiente.

Las autoridades normativas son autoridades prácticas, es decir, sus normas modifican nuestras razones para actuar. Por ejemplo, nosotros no reconocemos ninguna autoridad a un loco para determinar qué porcentaje de nuestros ingresos deben ser destinados a sufragar los gastos del Estado. Así, aún si el loco declara a viva voz que estamos obligados a tributar un veinte por ciento de nuestras ganancias, su exclamación no genera ninguna razón para hacer aquello que nos exigen. Supongamos, en cambio, que la misma expresión es utilizada por el parlamento. Reconocer que este órgano tiene autoridad significa aceptar que debemos destinar el veinte por ciento de nuestros ingresos a sufragar los gastos del estado.

Las normas válidas son *razones excluyentes*. Ellas desplazan nuestras razones ordinarias del balance de razones. Aceptar una norma significa que admitimos que debemos comportarnos de una cierta manera, incluso cuando este comportamiento vaya en contra de nuestros intereses. En su función normativa, las autoridades ordenan (y no recomiendan o aconsejan) un determinado comportamiento.

Normalmente, las autoridades intentan resolver problemas y conflictos sociales mediante sus normas. La justificación de sus normas se vincula directamente con las razones ordinarias que los individuos tienen para comportarse de una cierta manera. Las directivas de una autoridad se justifican normalmente en las razones que existen para decidir los conflictos de una determinada manera.

De esta manera, Raz denomina a su doctrina «la concepción de la autoridad como servicio». Su rasgo principal es que las autoridades son legítimas sólo si sus directivas nos permiten actuar de conformidad con las razones que deben guiar nuestras acciones de un modo mejor o más acertado que el que podríamos conseguir sin ellas. La autoridad nos presta un servi-

cio al aplicar en fórmulas canónicas (normas) aquellas razones subyacentes que deberían integrar el balance de razones para nuestra acción. Este rasgo es denominado *la tesis de la dependencia*. La concepción de la autoridad como servicio también pone de manifiesto un requisito necesario para superar la objeción de la irrelevancia de las autoridades. La autoridad *sirve* en la medida en que cumplimos mejor con las razones subyacentes cuando nos guiamos por sus directivas antes que por nuestra propia deliberación sobre las razones aplicables en un determinado caso. Este rasgo se denomina *tesis de la justificación normal*. Por consiguiente, reconocer autoridad a un órgano, e.g. el parlamento, implica considerar sus normas como razones para desplazar nuestro juicio o balance de razones sobre una cierta acción. Las normas de la autoridad no son una razón más en nuestra deliberación, sino que su función es precisamente reemplazar a esta deliberación. Por ello, este rasgo se denomina *tesis del reemplazo*.

Un individuo puede ser una autoridad sólo cuando se dan las circunstancias necesarias para tener autoridad. Una de estas condiciones es la posibilidad de comunicar sus decisiones (normas/directivas). Estas decisiones reflejan, cuando la autoridad es legítima, las razones subyacentes para actuar en una determinada situación. Esto implica que las normas de la autoridad, i.e. aquello que ese órgano ha decidido, tiene que ser identificadas sin recurrir al mismo balance de razones que las normas pretenden reemplazar. Se sigue de ello que sólo una teoría del derecho que sostenga que el derecho puede ser identificado sin recurrir a argumentos morales sobre las razones subyacentes para actuar puede dar cuenta del fenómeno de la autoridad del derecho. Abandonar la tesis de las fuentes sociales implica – según Raz – dejar sin posibilidad de análisis un rasgo crucial del derecho y de su relevancia práctica, i.e. su autoridad. Por ello, la opción entre positivismo y antipositivismo se resuelve a favor del primer enfoque ya que este es el único capaz de explicar la naturaleza del derecho.

Vale la pena recordar que Raz suele iniciar su explicación del argumento de la autoridad apelando al ejemplo de dos personas que confian a un árbitro la resolución de una disputa.[23] Es bastante convincente contemplar la decisión del árbitro como una instancia que se adecua convenientemente a las tres tesis de la autoridad: en particular, la decisión del árbitro es una razón para la acción que resulta de la deliberación entre las razones subyacentes previas y, por otra parte, esta decisión desplaza las razones previamente existentes. Es también obvio, que la decisión del árbitro no puede apelar a las razones subyacentes, una decisión que dijera algo como: «A de-

[23] Vd., por ejemplo, «Authority, Law, and Morality», supra en nota 21, pp. 196-7.

be pagar a B X ptas, si B obró de buena fe», no sería una decisión, puesto que haría falta resolver una de las cuestiones subyacentes en litigio: la buena o mala fe de B. También parece que este argumento da cuenta en el Derecho de las decisiones judiciales y, por lo tanto, de la autoridad de los órganos de aplicación, de hecho la doctrina de la *cosa juzgada* puede entenderse con arreglo al argumento de Raz. Sin embargo, ¿puede comprenderse de esta manera la autoridad de los órganos legislativos? ¿Son las normas emitidas por los órganos legislativos totalmente opacas a las razones subyacentes?[24] Creo que no. Y no sólo porque nuestros textos constitucionales usan conceptos morales apelando así directamente a las razones subyacentes para resolver los casos, sino también porque en el Derecho de la modernidad la presencia de elementos morales en la legislación que remiten a las razones subyacentes es muy clara. Las causas de justificación en el Derecho penal, los vicios del consentimiento en el Derecho civil, etc., representan necesariamente la apelación a pautas morales.[25] ¿O es que para aplicar en un caso de delito el estado de necesidad, o para anular un contrato por error, puede hacerse sin apelar a las razones subyacentes? En este sentido, nuestros textos constitucionales solamente agudizan una tendencia que está presente en todo el Derecho contemporáneo. Raz ha prestado atención a esta objeción, pero sostiene –por razones que no son del todo claras para mí- que algunas autoridades legislativas se asemejan en todos los aspectos relevantes al caso del árbitro y que por lo tanto sus normas están revestidas de autoridad en el mismo sentido que las de éste.[26]

En mi opinión, sin embargo, sólo las decisiones judiciales son totalmente opacas a las razones subyacentes. Tal vez una forma de comprender esta idea, sea recordar cuál es, para John Rawls, el proceso que va desde las razones subyacentes más básicas hasta las razones opacas que son las decisiones judiciales. Rawls 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

[24] Dudas sobre el uso del ejemplo del árbitro para dar cuenta de los rasgos centrales de todas las autoridades jurídicas han sido planteadas también por Yasutomo Morigiwa, «Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory» en *Southern California Law Review*, 62 (1989): 897-913, en p. 901 y W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, supra nota 20, p. 132 y una defensa de Raz contra Waluchow en Tim Dare, «Wilfrid Waluchow and the Argument from Authority» en *Oxford Journal of Legal Studies*, 17 (1997):347-366, en 356-359.

[25] Vd. en este sentido las reflexiones de Francisco Laporta en *Entre el Derecho y la moral*, México: Fontamara, 1993, pp. 60-63.

[26] *The Morality of Freedom,* supra nota 21, pp. 43-52.

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 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.[27] Pues bien, sólo en la etapa de la aplicación del Derecho es posible atribuir a las directivas jurídicas los rasgos de la concepción de la autoridad como servicio. Al parecer, Raz se enfrenta con un dilema: o bien sólo las directivas emitidas por los órganos de aplicación están revestidas de autoridad y las normas generales emitidas por los órganos legislativos carecen de autoridad, o bien debemos rechazar alguna de las tesis centrales de la concepción de la autoridad como servicio. El primer cuerno del dilema comporta la implausible conclusión de que sólo son jurídicas las decisiones judiciales, una posición extraña a otras tesis razianas. Desarrollar una teoría de la autoridad distinta a la de Raz, que acomodara los aspectos que he reseñado, está más allá del propósito de esta intervención.

VII

Dado que ni el argumento de la controversia ni el argumento de la autoridad consiguen socavar la convicción de que es posible guiar el comportamiento de los órganos de aplicación mediante la apelación a pautas morales, parece que es posible defender lo que se conoce como *positivismo jurídico inclusivo*, cercano a lo que también ha sido denominado, *constitucionalismo positivista*,[28] y que dicha posición es compatible con las tesis centrales del positivismo jurídico hartiano.[29] Me complace terminar esta exposición con las palabras de uno de los primeros defensores del positivismo jurídico inclusivo, a menudo ignorado en la discusión anglosajona al respecto, me refiero a Genaro R. Carrió:[30]

> Nada en el concepto de «reglas de reconocimiento» obsta, en consecuencia, para que aceptemos el hecho de que los criterios efectivamente usados por los

[27] John Rawls, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971, pp. 195-201.

[28] Vd., por ejemplo, Luis Prieto Sanchís, *Constitucionalismo y positivismo*, México: Fontamara, 1997, p. 58.

[29] La posición de Hart al respecto en H.L.A. Hart, «Postscript» en *The Concept of Law*, second edition by P. Bulloch and J. Raz, Oxford: Oxford University Press, 1994.

[30] Genaro R. Carrió, *Dworkin y el positivismo jurídico*, México: UNAM, 1981, p. 39.

jueces para identificar las reglas subordinadas del sistema puedan incluir referencias al contenido de éstas. Puede ocurrir que, en una comunidad dada, las únicas costumbres consideradas jurídicas o jurídicamente obligatorias sean aquellas compatibles con las exigencias de la moral. O bien, los jueces pueden aceptar como válidas sólo aquellas leyes que, además de haber sido correctamente aprobadas por un cuerpo con competencia para ello, no violen un catálogo escrito de derechos y libertades individuales.