

Aleksander Peczenik y Jaap Hage

**«CONOCIMIENTO JURÍDICO,
¿SOBRE QUÉ?»**

DOXA 22 (1999)

CONOCIMIENTO JURÍDICO, ¿SOBRE QUÉ?

Aleksander Peczenik y Jaap Hage
Universidad de Lund

1. Superveniencia del Derecho a partir de los hechos brutos

Una de las cuestiones centrales de la ontología del Derecho es la de si las reglas jurídicas existen de alguna manera. Los participantes en las prácticas jurídicas creen, obviamente, que hay un sistema jurídico y que ciertas reglas pertenecen a ese sistema. Sería, ciertamente, una extraña teoría la que sostuviese que todos estos participantes están equivocados. Y sin embargo la cuestión de si las reglas jurídicas existen es interesante filosóficamente. Algunos filósofos, incluyendo a Axel Hägerström, consideraron tales creencias como falsas. Entre otras cosas el Estado y el Derecho son, de acuerdo con Hägerström, meros productos de la imaginación. Los puntos de vista de Hägerström han sido divulgados entre los juristas suecos por sus discípulos, entre otros Karl Olivecrona.

Una generación después, un profesor de Derecho, Tore Strömberg, elaboró una teoría del Derecho basada en las ideas de Olivecrona, pero incluyendo también ciertas consideraciones que son especialmente interesantes en nuestro contexto. Strömberg señaló que el concepto de orden jurídico sueco, Derecho sueco válido, es convencional. Si tratamos de verificar, por ejemplo, la proposición de que la *Real Property Act* de 1970 es una norma sueca válida, no encontramos en último extremo otro fundamento para esta proposición sino la creencia común de que éste es el caso. Strömberg llamó a esta creencia una convención social¹. De acuerdo con Strömberg, el contenido de las reglas jurídicas corresponde parcialmente a los hechos, es decir, a acciones humanas y situaciones, y parcialmente no. La parte no real de este contenido consiste en cualidades y competencias jurídicas imaginarias, junto con la idea de validez jurídica². Así, Strömberg pretende que el

¹ Cfr. Strömberg 1980, 39 y sig.

² Id. 63 y sig.

concepto «Derecho válido» no se refiere a ninguna cosa existente. La razón es que las reglas jurídicas válidas desaparecerían, si la gente no pensara en las reglas jurídicas.

Asumamos por un momento que Strömberg estaba equivocado y que lo que existe no es sólo el hecho de que la gente cree en el Derecho, sino también el Derecho en sí. El Derecho existe porque esas creencias existen, pero el Derecho no es idéntico a aquellas. El Derecho es superveniente a partir de las creencias, preferencias, acciones, disposiciones y artefactos humanos.

A modo de análisis preliminar sobre el modo de existencia del Derecho queremos destacar que:

- Hay entidades no jurídicas (por ejemplo, creencias, preferencias, acciones, disposiciones y artefactos) a partir de las que el Derecho resulta superveniente.
- Estas entidades tienen ciertas propiedades no-jurídicas a partir de las que las propiedades jurídicas resultan supervenientes.
- Es necesariamente el caso de que, si una entidad tiene una propiedad jurídica L, y es similar a otra entidad en que comparte con ésta las propiedades relevantes no jurídicas, entonces ambas entidades tienen la propiedad L³.
- Las entidades jurídicas, i.e., el propio Derecho (válido), las reglas jurídicas, los principios jurídicos, los valores jurídicos y las acciones jurídicas, resultan supervenientes a partir de estas entidades no-jurídicas (i.e., creencias, preferencias, acciones, disposiciones y artefactos).
- Es necesariamente el caso de que si una entidad jurídica resulta superveniente a partir de una entidad no-jurídica y esta entidad no-jurídica es similar (relevantemente) a otra entidad no-jurídica, entonces hay también otra entidad jurídica que resulta superveniente a partir de ésta otra entidad no-jurídica. Por ejemplo, si cierto procedimiento cuenta como legislación y este procedimiento es relevantemente similar a otro procedimiento, este otro procedimiento cuenta también como legislación.

En la siguiente sección de este artículo elaboraremos, primero, este análisis preliminar en lo que llamaremos la teoría del Derecho convencionalista-institucionalista (CI). Esta teoría explica cómo cosas in-materiales como las reglas y los principios pueden existir. No obstante, ar-

³ Esto es análogo al principal presupuesto de la teoría de Caj Strandberg (1999) sobre la supervivencia de las propiedades morales. Cfr. También Kim y Teller 1995. El presente análisis presupone que las entidades existen en el contexto del mismo sistema jurídico.

gumentaremos que esta teoría es sólo un cómodo punto de partida para el desarrollo de una teoría adecuada del Derecho. Una teoría mejor es una teoría de la coherencia, que incorpore la teoría CI como parte de una teoría coherente de todo, incluyendo el Derecho. De acuerdo con la teoría de la coherencia, el Derecho existe como una reconstrucción racional basada, entre otros, en el Derecho de acuerdo con la teoría CI, y la moral personal del sujeto que conduce la reconstrucción. Discutiremos también algunas objeciones obvias contra esta teoría de la coherencia.

2. Una teoría de las convenciones e instituciones jurídicas

1. Consideraciones introductorias sobre ontología

Una teoría del Derecho como superveniente adolece de la desventaja de que parece introducir un número de entidades con un fundamento ontológico que es menos firme que el de las entidades puramente físicas. Ernest Sosa destaca muy bien los problemas de las teorías de la superveniencia⁴.

«Supongamos un mundo con sólo tres individuos x_1 , x_2 , x_3 . Se sostiene por algunos “meramente discursivistas” [*mereologists*] que tal mundo tiene en él un total de siete cosas, o entidades, u objetos, a saber, x_1 , x_2 , x_3 , x_1+x_2 , x_1+x_3 , x_2+x_3 , $x_1+x_2+x_3$. Los anti-meramente discursivistas [*antimereologists*], en cambio, prefieren la ontología más austera que reconoce sólo los tres individuos como objetos que realmente existen en ese mundo.»

Análogamente, los anti-meramente discursivistas creen –como Strömberg– que lo que existe son las creencias humanas en el Derecho, no el Derecho en sí mismo. Así, abogan por una teoría de la desaparición o eliminación que rechaza la admisión de la existencia de objetos supervenientes. Los meramente discursivistas, creen, por su parte, que también el Derecho mismo existe, es decir, que resulta superveniente a partir de las creencias en el Derecho. Ambos puntos de vista tienen sus problemas. Como Sosa ha destacado, la teoría de la eliminación implica que «gran parte, sino toda la realidad ordinaria se perderá», mientras que la teoría de la superveniencia puede conducir a una «explosión de realidad» ¿Podemos aceptar la existencia de todas las cosas que a la gente le dé por creer?

Una forma de evitar los problemas es hacer la controversia relativa a la opción por un lenguaje. Siguiendo nuevamente a Sosa:

«...la cuestión es una cuestión de opción por un lenguaje. En algunas ocasiones puede ser conveniente usar [el lenguaje anti-meramente discursivista]; ... en otras puede ser conveniente usar [el lenguaje meramente discursivista].»

⁴ Sosa 1990, 605-26.

Sin embargo:

«existencia *relativa* a un esquema conceptual no es equivalente a existencia *en virtud* de tal esquema conceptual... Todos nosotros adquirimos y desarrollamos una visión de las cosas que incluye criterios de existencia y duración para categorías de objetos. Cuando consideramos si un objeto de cierto tipo existe, la especificación del tipo conllevará los criterios relevantes de existencia y duración. Y cuando correctamente reconocemos que un objeto de tal tipo existe, nuestra afirmación es una manera elíptica de decir "... existe en relación con nuestro esquema conceptual"».

Aplicado a la existencia del Derecho, esto se reduce a lo siguiente: Los participantes en prácticas jurídicas usan un lenguaje meramente discursivista, y así posibilitan la existencia del propio Derecho, no sólo la existencia de creencias en el propio Derecho. Este esquema conceptual determina los criterios sobre existencia y duración del Derecho que adquirimos en nuestra práctica social.

¿Es este lenguaje y esta práctica una razón suficiente para concluir que el Derecho existe? En general, la existencia relativa a nuestro esquema conceptual y a las prácticas conectadas con dicho esquema ¿es la única existencia de la que podemos dar cuenta? Sosa mira con simpatía este punto de vista, aunque reconoce el siguiente problema:

«¿No hay mucho que es muy pequeño, o lejano, o distante en el tiempo, o todavía por venir, que sobrepasa nuestra presente agudeza y perspicacia? ¿Cómo podemos admitir la existencia de tales géneros en el presente irreconocibles por nuestro esquema conceptual?».

Déjenos afirmar que el Derecho existe de forma relativa a nuestro esquema conceptual, pero no en virtud de él. Por decirlo sencillamente, la forma en la que hablamos sobre el Derecho en la vida ordinaria, y no la forma no menos importante en la que los juristas hablan acerca del Derecho, revela algo acerca de lo que el Derecho es. Por supuesto, podemos elegir otra forma de hablar, y algunos filósofos optaron por una teoría de la eliminación. Pero tienen notorias dificultades para convencer a los demás de que esta forma de hablar es la mejor.

2 La teoría de Lagerspetz sobre las convenciones y las reglas

Habiendo optado por una ontología «rica», que admite la existencia de entidades jurídicas, junto con las entidades «brutas», de las cuales resultan supervenientes, la carga de hacer tal ontología plausible corre de nuestra cuenta. Por razones ilustrativas, vamos a describir sumariamente la teoría de los hechos y reglas convencionales de Eerik Lagerspetz que tiene su punto de partida en las creencias mutuas. Lagerspetz da las siguientes definiciones.

- (CM) Es mutuamente creído en una población S que p si
- (1) todo el mundo en S cree que p;
 - (2) todo el mundo en S cree que todo el mundo en S cree que p; y así *ad infinitum*.
- (HC) «a es H» expresa un hecho convencional si es una condición necesaria y suficiente para que a sea H que:
- (1) es una creencia mutua (de al menos segundo orden) en la población relevante S que a es H, y
 - (2) en las situaciones de tipo relevante, (1) es al menos en parte una razón para los miembros de S para realizar acciones que tienen significado porque a es H.
- (R) R es una regla regulativa en S si
- (1) los miembros de S generalmente cumplen con R;
 - (2) hay una creencia mutua en S de que R es una regla regulativa en S, y
 - (3) (2) es al menos en parte una razón para (1).
- (RD) R es una regla definitoria en S si
- (1) los miembros de S generalmente cuentan a como H;
 - (2) hay una mutua creencia en S de que hay una regla definitoria R en S que define a como H, y
 - (3) (2) es al menos en parte una razón para (1).
- (RR) R es una regla en S si hay una regla definitoria R' que define R como una regla en S.

Lagerspetz explica estas definiciones como sigue:

«(R), (RD) y (RR) son casos especiales de mi descripción de hechos convencionales. Sin embargo, (RR) muestra cómo la existencia de una regla no es necesariamente un hecho convencional. Una regla puede existir porque sea definida como una regla por otra regla. Pero, dado que la cadena producida por la aplicación de (RR) no puede continuar indefinidamente, la últimas reglas que definen otras reglas deben existir convencionalmente. La conjunción de (R), (RD) y (RR) produce las condiciones necesarias y suficientes para que algo sea una regla convencionalmente existente en S...

La clave de la cláusula recursiva (RR) es ésta. Las reglas sociales pueden formar sistemas. Una regla miembro de un sistema de reglas no necesita existir en virtud de la creencia mutua concerniente a su existencia -consideremos algunas de las partes más esotéricas del Derecho que son sólo conocidas por un pequeño círculo de especialistas jurídicos. Es suficiente si una regla pertenece a una cadena o malla de reglas que en último extremo pueden remontar su origen a reglas que existen en la comunidad relevante como hechos convencionales. Para expresarlo en términos más familiares, las reglas existen si son reconocidas por una regla (o reglas) de reconocimiento que es eficaz».

Lagerspetz considera su teoría como una mejora de la bien conocida teoría de Searle de los hechos institucionales. De acuerdo con Searle, las reglas crean los hechos institucionales. Lagerspetz se pregunta:

«¿Pero qué tipo de hecho es entonces el hecho de que esas reglas existen en las comunidades relevantes?. Obviamente un hecho sobre la existencia de una regla no puede ser un hecho bruto en el sentido de Searle: no es un hecho con la madera del mundo físico, ni están las afirmaciones que lo expresan sujetas a un control perceptual directo. Si la clasificación de Searle pretende ser una clasificación exhaustiva, los hechos relativos a las reglas deben ser por sí mismos hechos institucionales. Además, son inherentemente dependientes de la existencia de otras reglas: algo es una regla sólo si hay una regla con el efecto de que ese algo cuenta como una regla. Estamos en un regreso al infinito. Esto debería llamarse el regreso lógico de las reglas»⁵.

La solución de Lagerspetz a estos problemas

«es desarrollar una noción de hecho no-bruto que no sea inherentemente dependiente de las reglas. La idea básica que subyace a la solución es la siguiente: Hay cosas que existen y hechos que se sostienen sólo si los individuos relevantes creen que existen o los sostienen y actúan de acuerdo con éstas creencias».

Estos hechos son creados por las creencias mutuas. En palabras de Lagerspetz:

«Podemos tener creencias sobre creencias de otras personas, mientras que éstas tienen al mismo tiempo creencias sobre nuestras creencias. Esto da pie al fenómeno llamado creencia mutua o compartida, o conocimiento común o mutuo (la terminología no está bien establecida)».

Pero hay algunos problemas. A veces, si tenemos éxito en convencer a los demás de que cierta regla o un hecho convencional es parte del sistema jurídico, esa regla o ese hecho, de este modo, resulta haber sido parte del sistema jurídico. Este fenómeno es tan crucial como difícil de entender.

Es difícil de entender porque normalmente se hace una estricta distinción entre lo que es el caso (los hechos) y lo que es nuestro conocimiento de lo que es el caso (creencias justificadas). Tradicionalmente se asume que los hechos son independientes de nuestras creencias. Podemos tener razones para creer que ciertos hechos se dan, pero que los hechos realmente se den es independiente de estas razones. Por ejemplo, las montañas existen con independencia de nuestras razones para creer en su existencia.

Esta distinción no funciona muy bien para la realidad social. Si todos nosotros creemos que estos pedazos de papel son dinero y que pueden ser intercambiados por bienes, *son* dinero que puede ser intercambiado por bienes. Si todo el mundo cree que Clinton es el Presidente de EEUU y que tiene el poder de vetar Leyes, él es el Presidente y tiene ese poder. Si todo el

⁵ Lagerspetz 1999.

mundo cree que jurídicamente está prohibido matar, está jurídicamente prohibido matar.

Esto tiene la consecuencia de que si produzco un argumento convincente (efectivo) en el sentido de que cierta regla es una regla jurídica válida, la regla es *ipso facto* una regla jurídica válida, porque el argumento ha producido la creencia relevante.

Así, no es sorprendente que Lagerspetz exprese una «preocupación ontológica» concerniente a «el problema de la circularidad»:

«Los hechos convencionales son como los hechos naturales, en el sentido de que no dependen de las creencias o acciones de algún individuo particular. Son diferentes de los hechos naturales en el sentido de que son dependientes de las creencias y acciones de todos los individuos relevantes... Una objeción opuesta al convencionalismo es que éste parece moverse en círculos... Esta teoría es ciertamente circular. La mutua creencia sobre la existencia de un hecho social es una especie de profecía autocumplidora que necesariamente se hace a sí misma verdadera. La única alternativa parece ser que los hechos sociales existen independientemente y antes de las creencias».

Así pues, Lagerspetz asume que los hechos convencionales, tales como el Derecho, son dependientes de las creencias y acciones de todos los individuos relevantes. El Derecho es el Derecho porque todo el mundo está convencido de que es el Derecho. Pero esta referencia a «todo el mundo» es demasiado fuerte. Una regla/principio puede existir incluso si no «todo el mundo» está convencido de que existe. Por ejemplo, si el argumento es presentado por expertos jurídicos dotados de autoridad y convence a la mayoría de la comunidad jurídica relevante, esto hace su conclusión verdadera. Para hacer frente a esta complicación vamos a reelaborar un tanto la teoría de Lagerspetz.

2.3 Hechos convencionales y hechos institucionales

Lagerspetz distingue correctamente dos formas en las cuales una regla puede existir, a saber, sobre la base de una creencia mutua (R y RD) y sobre la base de alguna otra regla (RR). Esta distinción puede ser generalizada en una distinción general entre entidades convencionales y entidades institucionales. Análogamente a las definiciones (HC) y (RR) de Lagerspetz, nosotros definimos:

(EC) a es una entidad convencional si es una condición necesaria y suficiente para la existencia de a que:

(1) es una creencia mutua (de al menos segundo orden) en una parte suficientemente extensa de la población relevante S que a existe, y

(2) en las situaciones de tipo relevante, (1) es al menos en parte una razón para los miembros de S para realizar acciones que tienen significado porque a existe.

Esta definición se desvía de la definición (HC) de Lagerspetz en dos aspectos. Primero, descansa sobre entidades en vez de sobre hechos. Y, segundo, rebaja la exigencia de que algo sea creído por el conjunto de la población S, a la exigencia de que sea creído por una parte suficientemente extensa de la población. Este segundo paso ya explica, hasta cierto punto, por qué algo puede ser convencionalmente el caso si es sólo creído por una parte selecta de la población.

(EI) a es una entidad institucional si es una condición necesaria y suficiente para la existencia de a que:

- (1) exista una regla R en S, tal que
- (2) las condiciones de R sean satisfechas, y
- (3) no hay excepción a R, y
- (4) la conclusión de R sea que a existe.

Debe advertirse que las propias reglas pueden ser entidades convencionales o institucionales, de modo que la definición de entidades institucionales es recursiva. De hecho conlleva la recursión que explica el *Stufenbau* en el sistema jurídico como tiene lugar, en diferentes versiones, en la teoría del Derecho kelseniana y hartiana⁶.

Las entidades institucionales existen porque son la conclusión de cierta regla que existe en una comunidad. No es estrictamente necesario que su existencia sea creída por los miembros de la comunidad. Sin embargo, hay dos advertencias que hacer a esta observación. Primero, si una entidad es la conclusión de cierta regla existente, pero los miembros de la población no creen en su existencia, su existencia es, sin embargo, algo dudoso. Esto es lo que sucede cuando una disposición ha sido aprobada y nadie reconoce sus contenidos como Derecho válido.

En segundo lugar, una regla que define hechos institucionales puede ella misma referirse a las opiniones de (parte de) la comunidad. En este caso hay una suerte de duplicación entre entidades convencionales e institucionales. Por ejemplo, la definición EC puede ser una regla definicional que existe en la población S. Las entidades que existen de acuerdo con esta regla son entonces tanto entidades convencionales como institucionales. El caso más interesante es el destacado al final de la sección previa, cuando sólo una pequeña parte de la comunidad cree en la existencia de una entidad. En este caso la entidad no existe como una entidad convencional, sino sólo como

⁶ Ver también Ruiters 1993, pp. 20 y sig.

entidad institucional. Este es típicamente el caso si las autoridades jurídicas creen en la existencia de cierta regla o principio jurídico, mientras que la mayor parte de los sujetos jurídicos aún no creen en su existencia. Entonces puede decirse que la regla existe, incluso si su existencia no está aún generalmente reconocida.

3. Dogmática jurídica

Vamos a llamar a la teoría esbozada arriba, de acuerdo con la cual el Derecho consiste en una mezcla de entidades convencionales e institucionales, la teoría del Derecho conveconalista-institucionalista; abreviando, la teoría del Derecho CI. Podemos estar tentados a considerar esta teoría del Derecho CI como el resultado final en la ontología del Derecho. Por desgracia es sólo el principio. La teoría tiene que ser corregida para incorporar la idea de que el Derecho debe ser coherente. Esto compete a la dogmática jurídica (DJ). La DJ (*Rechtswissenschaft*, *Rechtsdogmatik*, *science of law*, doctrina jurídica), consiste en escritos jurídicos profesionales cuya misión es la de sistematizar e interpretar el Derecho válido. La DJ ordena el Derecho bajo principios de largo alcance⁷. Su trabajo está casi siempre sustentado en valores. Efectivamente, los juristas hacen una distinción entre una disquisición cognitiva sobre el Derecho tal y como es (*de lege data*), y recomendaciones justificadas para el legislador, *de lege ferenda*. Pero, como todos los estudiosos del Derecho saben, la distinción entre *de lege data* y *de lege ferenda* no está claramente trazada. La DJ es un buen ejemplo de una práctica de argumentación que persigue el conocimiento de el Derecho existente, aunque en muchos casos conduce a un cambio del Derecho⁸.

Consideremos el ejemplo siguiente. Durante mucho tiempo hemos sido responsables extracontractualmente en muchos ordenamientos jurídicos por la causación negligente de daños. Sin embargo, un autor del Derecho alemán, J. von Kries, inventó sobre 1880 una doctrina, de acuerdo con la cual uno no es responsable cuando la causación no era «adecuada». Consideremos el siguiente ejemplo: Un cochero negligente se queda dormido, los caballos toman un recorrido equivocado. El coche es alcanzado por un rayo que mata a un pasajero. La negligencia del cochero es una causa de la muerte del pasajero, pero la causa no es adecuada. Sin embargo, podría ser adecuada en otro caso, por ejemplo, cuando la cadena de causación desde que-

⁷ Savigny 1840, XXXVI: «Ich setze das Wesen der systematischen Methode in die Erkenntniss und Darstellung des inneren Zusammenhangs oder der Verwandtschaft, wodurch die einzelnen Rechtsbegriffe und Rechtsregeln zu einer grossen Einheit verbunden werden. Solche Verwandtschaften nun sind erstlich oft verborgen, und ihre Entdeckung wird dann unsre Einsicht bereichern».

⁸ Peczenik 1995, 312 y sig.

darse dormido hasta la muerte del pasajero no incluye rayos sino, en su lugar, una caída a una cuneta. En el último caso –pero no en el primero– von Kries resalta que estamos ante una causación generalizable. La negligencia del cochero es generalmente apta para ocasionar tal accidente y para incrementar la posibilidad o probabilidad de él. De hecho, von Kries tuvo dos ideas: Primero, que una causa adecuada es generalmente idónea para producir un determinado tipo de daño y, segundo, que una causa adecuada *incrementa relevantemente la probabilidad* de un determinado tipo de daño. Así fué descubierto un principio no escrito del Derecho de responsabilidad extracontractual que estipulaba que tenemos que compensar un daño sólo si éste ha sido un resultado «adecuado» de la acción de la que somos responsables. ¿Pero cuándo es la conexión causal «adecuada»? El concepto de adecuación ha sido extensamente discutido en la investigación jurídica.

Posteriormente, se han desarrollado diferentes doctrinas de la adecuación, entre otras las siguientes: La conexión causal entre una acción y un daño es adecuada si cierta acción de esta clase es apta para causar (o incrementa relevantemente la probabilidad de) un daño de este tipo. La conexión causal entre una acción y un daño es adecuada si, y sólo si, esa acción produce un daño de ese tipo previsible por una persona muy cauta y bien informada (un experto cauto, o un *vir optimus*). La conexión causal entre una acción y un daño es adecuada si, y sólo si, esa acción no es una causa demasiado remota del daño. La conexión causal entre una acción y un daño es adecuada si, y sólo si, esa acción es un factor substancial (importante) en la producción del daño. Hablando en términos generales, la actividad jurídica, consistente en captar una interpretación precisa del concepto de causación adecuada es, hasta cierto punto, similar a una actividad moral consistente en buscar ciertos hechos como razones para la conclusión de que una acción o una persona es moralmente buena.

Un vistazo detenido de la DJ revela que consiste en varios objetivos interrelacionados, tales como

- análisis de casos particulares; trazar el mapa de posibilidades, vg. listar las posibles interpretaciones de una ley;
- sistematización del Derecho bajo principios abstractos proporcionados por doctrinas generales, tales como la anteriormente mencionada doctrina de la causación «adecuada», la de negligencia, la de tentativa, la de *rebus sic stantibus* en Derecho contractual, doctrinas que establecen la finalidad de la pena (amenaza, disuasión, retribución, etc.);
- desarrollo de la jurisprudencia (teoría del Derecho) con consecuencias normativas, vg. doctrinas diversas sobre la interpretación de las leyes; doctrinas sobre el sistema interno del Derecho, etc.; doctrinas sobre las fuentes del Derecho;

- desarrollo de doctrinas filosófico-morales; vg. la filosofía de la justicia que subyace a la doctrina de la causación «adecuada» y, finalmente,
- explicación de posiciones filosóficas básicas que subyacen a la jurisprudencia y la filosofía moral.

Estos diferentes propósitos apuntan a la obtención de una totalidad coherente¹⁰. El sistema de Derecho que se describe en la DJ debe no sólo ser internamente coherente, sino que también debe estar en armonía con sus fundamentos en la forma de moral y filosofía (política). Como consecuencia, la descripción del Derecho como un todo coherente debe ser descriptiva, en la medida en la que se trate de los aspectos convencionales e institucionales del Derecho, y evaluativa, en la medida en la medida en que se trata del fundamento del Derecho en la moral y en la filosofía política.

4. Coherencia jurídica

Es posible mencionar un número de exigencias que deben ser satisfechas, al menos hasta cierto punto, por una teoría coherente¹¹. Entre estas exigencias están las de consistencia y comprehensividad. Comprehensividad significa que una teoría no puede ser evaluada aisladamente, sino que debe ser considerada en combinación con otras opiniones que se sostienen. Por ejemplo, si creemos que moralmente debemos abstenernos de toda guerra, mientras que al mismo tiempo creemos que jurídicamente tenemos que tomar parte en alguna guerra concreta, nuestro punto de vista es incoherente, al menos si también creemos que tanto la moral como el Derecho determinan lo que debemos hacer, consideradas todas las cosas.

Tal incoherencia puede remediarse desarrollando una teoría sobre lo que debemos hacer en caso de que nuestras opiniones morales y jurídicas colisionen. Una teoría con este propósito puede tomar diversas formas: Podemos cambiar nuestras opiniones morales¹² para lograr que nunca creamos que moralmente debemos de abstenernos de hacer lo que legalmente debemos hacer. Análogamente podemos cambiar nuestras opiniones jurídicas para lograr que nunca creamos que jurídicamente debemos hacer lo que moralmente debemos abstenernos de hacer. Una variante más compleja podría ser incorporar nuestras opiniones morales en el Derecho, posibilitando excepciones a las reglas jurídicas sobre bases morales y adoptar, así, la opinión moral de que no debemos nunca actuar en contra del Derecho así modificado. Obviamente, movimientos semejantes pueden ser tanto posibles

¹⁰ Cf. Peczenik 1998b *passim* sobre los problemas epistemológicos concernientes a la coherencia en el Derecho.

¹¹ Alexy y Peczenik 1990 y Peczenick 1997 enumeran ciertos criterios.

¹² Ver Hage y Peczenik «Law, Morality and Defeasibility». En prensa en *Ratio Juris*.

como necesarios para armonizar nuestras opiniones político-filosóficas y nuestras opiniones jurídicas.

El proceso en el que nuestras opiniones son mutuamente adaptadas en un todo coherente puede tener varios puntos de partida. En el caso del Derecho, tales puntos de partida se pueden encontrar en las normas jurídicas, que existen de acuerdo con la teoría CI del Derecho que fué descrita en la sección 2. En el caso de la moral, los puntos de partida pueden encontrarse en nuestras disposiciones (a estar motivados) a actuar. Estas disposiciones deben ser filtradas para excluir las irracionales. Véase la siguiente acotación de Smith:

«que podemos analizar nuestro concepto de una razón normativa por lo común en términos de imperativo categórico, de forma radicalmente anti-humana. Decir que tenemos una razón normativa para \emptyset , en ciertas circunstancias C, es decir que nosotros mismos deberíamos \emptyset en C si fuésemos completamente racionales. Si hay una razón normativa para una agente para hacer \emptyset en ciertas circunstancias C, entonces hay una razón normativa semejante para todos aquellos que se encuentran en las circunstancias C para \emptyset . Por lo tanto, este análisis ya captura tópicos sobre nuestra objetividad, practicidad, superveniencia, y procedimiento...

Mi sugerencia ... al menos en forma esquemática, es que nuestro hacer \emptyset en circunstancias C es correcto si, y sólo si, deseáramos hacer \emptyset en C si fuésemos completamente racionales, *donde hacer \emptyset en C es un acto del tipo sustantivo apropiado*: esto es, es un acto del tipo identificado por nuestros lugares comunes sustantivos»¹³.

Obsérvese, de pasada, que la exclusión de disposiciones irracionales a actuar es una adaptación de nuestras motivaciones a nuestras creencias en la forma requerida por las demandas de coherencia.

¿Qué significa todo esto para el objeto del conocimiento jurídico? La mejor teoría sobre lo que el Derecho es es esa parte de la teoría más coherente de todo que se ocupa de los contenidos y la naturaleza del Derecho. Si la anterior teoría del Derecho CI caracterizada es correcta, la teoría más coherente incluye esta teoría del Derecho. Pero la teoría más coherente debe entonces también armonizar las reglas jurídicas de la teoría CI con la moralidad, con la filosofía política, con las soluciones jurídicas para los casos concretos, y con muchas más cosas. Los esfuerzos de la DJ son parte de este intento comprensivo de armonización.

Dejando a un lado este aparente atractivo, este punto de vista sobre la mejor teoría del Derecho tiene algunas implicaciones que parecen bastante dudosas. Vamos a discutir dos de ellas, a saber, que los contenidos del Derecho parecen ser relativos a sistemas de moralidad personal, y que, debido

¹³ Smith 1994, 182 y 184.

a la complejidad de la construcción de una teoría de todo, es imposible determinar lo que el Derecho es.

5. ¿La relatividad del Derecho?

El Derecho y la moral están estrechamente conectados con el razonamiento práctico. En nuestro «Law, Morality and Defeasibility» y en la sección anterior explotamos esta conexión para argumentar por qué el Derecho y la moral están esencialmente interconectados. Otra implicación de esta conexión es que el Derecho y la moral son relativos a nuestras disposiciones personales a actuar. Para alguien que adopta la perspectiva interna hacia el Derecho, es menos consistente, por no decir otra cosa peor, sostener que debe jurídicamente participar en una guerra y no obstante no estar motivado en absoluto a hacerlo. *A fortiori*, lo mismo sucede respecto de nuestras opiniones morales: si sinceramente creemos que una acción es moralmente correcta, estaremos normalmente motivados a realizar esa acción si se presenta la ocasión.

A esto se le puede dar la vuelta. Si no estamos motivados a actuar en una cierta forma, no creemos sinceramente que ni moral ni legalmente debemos actuar de tal forma. Este giro de la conexión entre la motivación y las creencias jurídicas y morales implica que nuestras creencias morales y jurídicas dependen de nuestra motivación. Puesto que nuestra motivación es una cuestión personal, nuestras creencias morales y jurídicas se transforman también en una cuestión personal. Este puede ser un punto de vista aceptable en lo concerniente a la moral personal, pero muchos desaprobaban la idea de que los contenidos del Derecho dependan de nuestras motivaciones personales. Si esta dependencia existiera, los contenidos del Derecho podrían ser relativizados como dependientes de las opiniones y disposiciones de personas individuales. ¿Es esto objetable o no?

Bueno, es justamente tan aceptable como la opinión de que nuestra moral personal es una cuestión personal, y precisamente por las mismas razones. De hecho, si consideramos nuestra moral personal como parcialmente determinante de los contenidos del Derecho, es sólo una consecuencia natural que el Derecho comparta la subjetividad de la moral personal.

6. Interdependencia y tensión entre el Derecho y la moral

Esta interdependencia del Derecho y la moral personal se refleja en la práctica de la argumentación jurídica. Para argumentar y justificar sus puntos de partida en los casos difíciles, un jurista tiene su interpretación personal del Derecho. Esta interpretación personal es presentada como enunciados acerca del Derecho (existente), aunque refleja la opinión evaluativa del jurista acerca de cuál es la mejor interpretación del Derecho. El enunciado

del jurista acerca del Derecho válido (*de lege data*) no es entonces ni meramente descriptivo ni meramente normativo. Son enunciados «fusionados» en el sentido de Svein Eng¹⁴.

Así, la interpretación personal es algo peculiar, entre proposiciones acerca del Derecho en el sentido de la teoría CI, juicios de valor acerca de la interpretación correcta del Derecho, y genuinos enunciados normativos que expresan el Derecho.

Si la interpretación personal del Derecho está tan perfectamente justificada como resulta posible, el jurista puede justificadamente decir que esta interpretación es el Derecho.

En cualquier caso, muchos pueden experimentar resistencia frente a puntos de vista que hacen el Derecho relativo a las preferencias individuales. Es precisamente uno de los propósitos del Derecho, en contraste con la moral personal, que es el mismo para todo el mundo, e independiente de las preferencias meramente personales. Esta tensión entre, por un lado, la naturaleza intersubjetiva del Derecho como fenómeno social y, por otro lado, la naturaleza personal y subjetiva de nuestra motivación a actuar, es al mismo tiempo uno de los más difíciles y unos de los más fascinantes aspectos del Derecho

Esta tensión es aligerada, aunque no completamente resuelta, por la mutua adaptación del Derecho y la moral. La moralidad tiene en cuenta el contenido del Derecho y viceversa¹⁵. Nuestro punto de vista personal sobre el Derecho determina qué es lo que se va a hacer con los restos de esta tensión. Si enfatizamos la naturaleza social del Derecho, estaremos dispuestos a considerar ciertas normas como representativas del Derecho, sin estar dispuestos a actuar de acuerdo con él. Si enfatizamos la naturaleza práctica del Derecho, sólo reconoceremos como jurídicas aquellas normas de acuerdo con las cuales estamos dispuestos a actuar¹⁶.

Este punto de vista conduce a una forma de relativismo relativizado. Que el contenido del Derecho dependa entre otras cosas de nuestras preferencias personales y sea por tanto hasta cierto punto relativo, depende de nuestro punto de vista sobre la relación entre la naturaleza social y práctica del Derecho. Quien enfatiza la naturaleza social, estará más inclinado a aceptar como jurídicas normas que son generalmente aceptadas como tales, pero de acuerdo con las cuales no está en ningún caso dispuesto a actuar. Quien enfatiza la naturaleza práctica del Derecho, estará más inclinado a

¹⁴ Eng, Svein, En prensa en *Ratio Juris*.

¹⁵ Este tema está desarrollado en Hage y Peczenik, «Law Morality and Defeasibility».

¹⁶ Recuérdese, sin embargo, que con frecuencia estaremos dispuestos a actuar conforme a las normas *porque* éstas son normas jurídicas.

aceptar normas como jurídicas únicamente si está dispuesto a actuar de acuerdo con ellas. En ambos casos, lo que el Derecho es para alguien depende no sólo de hechos objetivos o intersubjetivos, sino también del criterio que usemos para identificar las normas jurídicas como tales. En éste limitado sentido, el juicio acerca de qué es Derecho es personal.

El paso del juicio jurídico personal al Derecho es análogo al paso en epistemología de lo que está personalmente justificado a lo que está justificado (interpersonalmente). Un individuo da este paso en virtud de su autoconfianza¹⁷. Mantengo que poseo conocimiento, no sólo creencias. Y mantengo que mi juicio de deber jurídico último expresa el Derecho correcto, mejor interpretado, y no sólo mi opinión jurídica. Sin duda, expreso mi propia opinión, pero pienso que otros deben sostener mis puntos de vista, no moralmente, sino epistémicamente, porque mi punto de vista sobre el Derecho está –creo– de acuerdo con el Derecho como éste es en sí mismo. Este tipo de paso no es necesario lógicamente. Ni siquiera el solipsismo puede ser refutado sobre presupuestos puramente lógicos. Pero el paso es una condición general del conocimiento. Puede ser metafísico, pero es inevitable si no somos solipsistas.

7. Derecho procesal

De acuerdo con la teoría de la coherencia expuesta en la sección 4, la mejor teoría del Derecho es la parte jurídica de la teoría más coherente de todo. En la toma de decisión jurídica, cuando debemos determinar el contenido del Derecho, no podemos hacer nada mejor que proponer la mejor teoría del Derecho. Para propósitos prácticos, el Derecho debe ser identificado con la mejor teoría disponible de éste, incluso si se admite que la mejor teoría es incorrecta. Pero incluso entonces, la conclusión de que la mejor teoría era incorrecta debe basarse en la observación de que ha sido concebida una teoría mejor. No ha lugar a comparar una teoría sobre el Derecho con el Derecho como éste «realmente» es. La condición humana nos confina a teorías, de las que sólo podemos esperar que se correspondan con la realidad.

En conexión con lo anterior son importantes dos observaciones. La primera es que la sustitución de una teoría por otra mejor es a menudo la consecuencia de un nuevo dato que debe ser encajado en una teoría coherente. Una teoría puede también ser mejorada por una mejor fijación de los datos que ya estén disponibles, pero en la mayor parte de los casos los nuevos datos juegan un papel. La mejor teoría de todo es una función del tiempo en el que la teoría se sostiene. Una razón para ello es que el mismo mundo en el que la teoría se sostiene cambia. La otra razón es que nuestro conoci-

¹⁷ Lehrer 1997, 1 y sig.

miento de ese mundo en la forma de percepciones sensoriales se incrementa con el transcurso del tiempo.

La segunda observación es que el ideal de una teoría coherente de todo es inalcanzable. Lo mejor que podemos hacer es construir teorías parciales que son coherentes, y desarrollar esas teorías tomando datos adicionales en consideración. Esos datos adicionales no son necesariamente el resultado de nuevas observaciones, sino que también pueden ser datos que ya estaban disponibles, pero que todavía no habían sido tenidos en cuenta al construir la teoría. Con frecuencia la inclusión de nuevos datos es el resultado de un (auto) criticismo en la forma de objeciones contra la antigua teoría.

Vamos a ilustrar esto por medio de un ejemplo muy sencillo: En t_1 la teoría T_1 consiste en dos creencias. Una es que los ladrones son punibles, la otra que John es un ladrón. Esta teoría es incoherente, ya que no incluye la creencia de que John es punible. Cuando nos damos cuenta de esto, la consecuencia probablemente será que reemplacemos la teoría incoherente en t_2 por la teoría T_2 que también incluye la creencia de que John es punible.

Supongamos ahora que quien sostiene esta teoría se percata de que John es un menor. Ya sostiene esta creencia, pero no se sabe por qué no la combina con sus otras creencias. Pero ahora se ha dado cuenta de que John es un menor y de que los menores no son punibles, y que esto es relevante para sus otras creencias. Si estas creencias adicionales son también tenidas en consideración, ahora el conjunto total de creencias incluye que John es un ladrón, que los ladrones son punibles, que John es punible, que John es un menor, que los menores no son punibles y que John no es punible. En suma, el conjunto de creencias resultante es inconsistente y, por lo tanto, no coherente. Obsérvese, de pasada, que el conjunto de creencias T_2 no es tampoco coherente, debido a su carencia de comprensividad.

Si quien tiene estas creencias se da cuenta de que las mismas son inconsistentes, estará motivado a reestablecer la consistencia. Una forma de hacerlo es asumir que hay una excepción a la regla de que los ladrones son punibles en el caso de los menores. Esta asunción lleva a la introducción de una nueva regla en el conjunto de creencias, a saber, la regla de que en el caso de los menores hay una excepción a la regla de que los ladrones son punibles (o a todas las reglas de Derecho penal, por esta razón)¹⁸.

Este ejemplo nos ilustra de cómo un conjunto de creencias puede evolucionar en el tiempo, no sólo añadiendo nuevos datos al conjunto total de

¹⁸ Obsérvese que esta forma de restablecer la consistencia presupone que la consistencia puede ser restablecida por adición al conjunto de creencias. En general, en las teorías de razonamiento derrotable se sostiene que los conjuntos inconsistentes pueden hacerse consistentes añadiendo información, y no sólo eliminándola.

nuestras creencias, sino también tomando más creencias en consideración en el desarrollo de una teoría coherente. Aunque este desarrollo puede tener lugar en las creencias de sólo una persona, con frecuencia el intercambio de argumentos cataliza tal desarrollo. No es necesario para este resultado que el intercambio introduzca nueva información, es suficiente si los argumentos aducidos por una parte fuerzan a la otra parte a actualizar su antigua teoría, teniendo en cuenta las creencias que él ya sostiene, pero que todavía no ha asimilado. Es posible tener un diálogo constructivo en el que todas las partes cambien sus opiniones, sin que se haya introducido ninguna nueva información. Todo lo que se necesita es que las partes se induzcan unas a otras a contemplar la cuestión desde un ángulo diferente.

¿Qué supone esto para el razonamiento jurídico? La mejor teoría del Derecho, la cuestión que interesa para la toma de decisiones jurídicas, es parte de la teoría más coherente de todo. En la práctica, esta teoría más coherente no es alcanzable. Lo mejor que puede lograrse es una aproximación, una teoría consistente que sea tan comprehensiva como sea posible. Los diálogos jurídicos, llevados a cabo mediante los mejores medios disponibles en cada momento, construyen tales teorías parciales coherentes, especialmente porque pueden garantizar que la teoría parcial resultante responda a la cuestión para la que la teoría fue requerida. (Una teoría más comprehensiva, pero todavía incompleta, que no responda las cuestiones en las que estamos interesados, no es muy interesante). Esto es aún más así, si las partes involucradas en el diálogo tienen intereses conflictivos, ya que entonces son mayores las posibilidades de que tanto como sea posible de la información potencialmente relevante sea introducida en el discurso y, como consecuencia, sea asimilada por la teoría parcial que sea el resultado del diálogo.

Si ese diálogo se lleva a cabo bajo circunstancias ideales¹⁹, la teoría parcial resultante es la mejor que se puede tener en la práctica. La teoría del Derecho que es parte de la misma, también es la mejor teoría del Derecho que está disponible en la práctica, y las creencias jurídicas individuales que son parte de la misma son por lo tanto la mejor aproximación posible a la verdad jurídica. Los diálogos de la vida real nunca se llevan a cabo bajo circunstancias ideales y sus desarrollos pueden por lo tanto ser insuficientes para la teoría ideal. En todo caso, pueden constituir la mejor aproximación disponible al ideal, siendo siempre posible que el diálogo se continúe, con el resultado de una reforma de la mejor teoría parcial que está actualmente disponible. En relación con el Derecho, podemos pensar en una apelación de la decisión de un tribunal en primera instancia, o en una discusión en la

¹⁹ Ver Habermas 1973 y Alexy 1978.

literatura jurídica sobre una decisión de un tribunal, o sobre publicaciones recientes²⁰.

De la misma forma que la mejor teoría disponible del Derecho evoluciona con el tiempo, cambia el conjunto de creencias jurídicas que incorpora. Una creencia que está justificada en un momento dado, porque es parte de la mejor teoría entonces disponible, puede devenir injustificada en un momento posterior, porque ya no es parte de la mejor teoría entonces disponible²¹. Recordemos que para este cambio no es necesario que haya disponible nueva información. Todo lo que hace falta es un cambio en la mejor teoría parcial, sea ese cambio producido simplemente por la eliminación de inconsistencias, por tomar información antigua en cuenta, o por la introducción de nueva información real.

Esta línea de argumentación sostiene puntos de vista que ya están en teorías del Derecho en algún momento de moda, a saber, que las justificaciones jurídicas pueden ser analizadas adecuadamente en términos de procedimientos²². Aquí queremos destacar dos aspectos adicionales a estas visiones. Primero, que los diálogos –o de forma más general los procedimientos– no son sólo formas adecuadas de evitar el trilema de Münchhausen²³, sino que son componentes naturales de las teorías de la coherencia del Derecho. Y, segundo, que los procedimientos no son sólo formas de obtener conocimiento del Derecho, sino que, en un sentido limitado, contribuyen a conformar lo que el Derecho es. El Derecho es lo que la teoría más coherente de todo dice que es. Los procedimientos argumentativos, aunque medios imperfectos, están concebidos para obtener esta teoría más coherente. Sólo los diálogos bajo circunstancias ideales constituyen el Derecho, mediante la creación de la teoría más comprehensiva del Derecho. Los diálogos reales al menos se aproximan al ideal.

8. ¿Descubrir o crear el Derecho?

Para concluir este artículo vamos a aplicar la teoría sobre la naturaleza del Derecho a una cuestión de la teoría del Derecho que ha levantado una considerable polémica, a saber, si un individuo que toma decisiones jurídicas, o un científico del Derecho que ha aportado un argumento convincente a favor de una proposición jurídica particular que no era generalmente

²⁰ Una forma de concebir la dogmática jurídica es verla como un procedimiento que intenta alcanzar el diálogo ideal.

²¹ Esta relativización de las creencias justificadas que se escenifican en un proceso de argumentación es enfatizada en Verheij 1996.

²² Puede encontrarse un argumento reciente en este sentido en Loddeer 1998.

²³ Ver Alexy 1978, pág. 223.

creída, ha descubierto el Derecho sobre esta cuestión, o creado nuevo Derecho.

Por ejemplo, considérese un autor, el Dr. Hércules, que lee el Derecho y deriva, en el tiempo t1, la conclusión de que jurídicamente no somos civilmente responsables extracontractualmente de algunos resultados causales de nuestra negligencia. Asumamos que el doctor Hércules trabaja perfectamente y que su razonamiento incorpora su moral personal. ¿Cuál es el carácter de la conclusión? Consideremos dos alternativas

Alternativa 1: El enunciado jurídico derivado es verdadero en relación al Derecho tal como existía ya en el momento t1. Entonces se generan las siguientes cuestiones:

- ¿Puede un razonamiento basado en la moral personal con el fin de sistematizar el Derecho garantizar la verdad de los enunciados acerca del Derecho preexistente?

¿Qué significa que la norma –derivada sobre la base de la moral personal y con el fin de sistematizar el Derecho– ya existía en t1?

Alternativa 2: Lo que se deriva es una nueva norma jurídica válida. La norma ha empezado a existir en t1 mediante derivación, no mediante legislación. La DJ cambia (desarrolla, la palabra alemana es *Weiterentwicklung*) el Derecho.

Así, se genera la cuestión de si las normas pueden empezar a existir debido a la derivación, o son un tipo de realidad social que no se puede originar por derivación.

Vamos a empezar nuestra discusión con la alternativa 1 que parece ser la aproximación más cercana a la autocompresión de la DJ del siglo XIX. Si la norma derivada era Derecho válido en t1, Hércules estaba en lo correcto desde el principio. Su argumento, asumimos que era perfecto, conduce a la teoría más coherente del Derecho. Presumiblemente esta teoría incorpora la creencia de que las reglas convencionales y las reglas institucionales son reglas jurídicas válidas. Pero algunas de las reglas convencionales e institucionales pueden haberse abandonado de cara a maximizar la coherencia. Es más, pueden haberse añadido algunas reglas para incrementar la coherencia, por ejemplo, las reglas que establecen excepciones a otras reglas incluidas que entran en conflicto en ciertos casos. (Recordemos el ejemplo del ladrón que también era un menor).

Por lo tanto, de cara a la corrección de las conclusiones de Hércules, no importa si encuentra consenso entre sus colegas de profesión o en la sociedad en general. El único consenso que es constitutivo del Derecho en t1 es el consenso que considera las reglas convencionales e institucionales subyacentes y los principios, etc., que Hércules usaba en t1. Si resulta que los

puntos de vista de Hércules no son aceptados en t2, y la DJ tiene de forma consistente el punto de vista opuesto y las decisiones judiciales están ignorando a Hércules, entonces el Derecho cambió entre t1 (cuando Hércules tenía razón) y t2. En t2 Hércules puede llegar a conclusiones diferentes, por lo tanto, ya que la base de la teoría de la coherencia en las reglas convencionales e institucionales ha cambiado²⁴.

Las dos cuestiones relativas a esta primera alternativa se contestan como sigue: No es el razonamiento sobre la base de la moral personal lo que garantiza la verdad de los juicios sobre el Derecho preexistente, sino más bien la verdad de las premisas que estaban en el razonamiento. El argumento de Hércules, aún asumiendo que era perfecto, sólo descubre el Derecho preexistente dada la verdad de las premisas de la teoría de la construcción. Que la norma descubierta por el razonamiento de Hércules ya exista significa que esta norma es parte del sistema jurídico descrito por (parte de) la teoría más coherente de todo. El razonamiento de Hércules construyó esta teoría y el Derecho es por definición lo que se corresponde con la parte jurídica de esa teoría²⁵.

La alternativa 2 puede parecer más atractiva a (ciertos) juristas, por ejemplo, porque está más pegada a la tierra y es menos «metafísica», pero se enfrenta a ciertos problemas. *Ex hypothesi* Hércules ha derivado la teoría del Derecho más coherente y, por lo tanto, la mejor teoría en t1. Pero incluso si la teoría de Hércules es la mejor, de acuerdo con la alternativa 2, la norma derivada no es aún Derecho válido en t1. Inmediatamente después de que se produzca una suerte de consenso, x se convierte en Derecho válido. El Derecho cambia en t2, y sólo entonces podemos decir que x es Derecho válido. No es entonces el caso de que el Derecho cambie directamente como consecuencia de los argumentos de Hércules. Sólo si sus argumentos traen la consecuencia de que la realidad social cambia, por ejemplo, debido a las creencias mutuas de la gente estimando que el Derecho cambia, el Derecho ha cambiado. La conclusión de su argumento puede ser una profecía autocumplidora, pero primero es una profecía y, segundo, no hay garantía de que sea autocumplidora.

²⁴ Otra cosa es, por supuesto, que las creencias en t2, tal como están incorporadas a la teoría más coherente en t2, todavía lleven a los puntos de vista sostenidos por Hércules en t1. En este caso la comunidad jurídica todavía no ha adquirido suficiente poder de razonamiento e imaginación para seguir la correcta línea de argumentación de Hércules. En este caso el punto de vista prevalente sobre el Derecho sería en nuestra opinión incorrecto, con independencia de su apoyo en CI.

²⁵ Brouwer (1998) discute varias complicaciones relativas a los efectos retrospectivos del «descubrimiento» del Derecho ya existente y perfila la conclusión de que la concepción dworkiniana del Derecho, de acuerdo con la cual los jueces deben descubrir el Derecho, no puede ser siempre correcta.

El atractivo de la alternativa 2 es que está más próxima a la teoría CI del Derecho. Enfatiza la base del Derecho en la realidad social, y éste énfasis se produce a costa de la reconstrucción racional que se lleva a cabo en las teorías de la coherencia. Pero esta versión lleva a una teoría errónea, a saber, que Hércules estaba equivocado en t1. Hércules habló como si hablara sobre lo que ya era Derecho válido, pero en realidad dijo lo que debía ser Derecho válido. Algunos encuentran esta distinción entre lo que es el Derecho válido y lo que debe ser una distinción útil²⁶, pero es dudoso que una distinción nítida de este tipo se mantenga en la práctica jurídica. En nuestra opinión la práctica jurídica tiene su punto de partida en algo parecido a la teoría CI, pero no se detiene en la misma. La reconstrucción racional realmente desempeña un papel, y es una cuestión de tiempo y lugar qué libertad se toma en la reconstrucción con respecto al Derecho que existe de acuerdo con la teoría CI. (cfr. El pasaje sobre el relativismo relativizado en la sección 6).

Estas diferencias de tiempo y lugar son una suerte de reglas de inferencia que son también parte del Derecho, y que deben ser tenidas en cuenta en la construcción de la teoría más coherente del Derecho. Así, incluso aunque el Derecho esté en un período positivista legalista, la reconstrucción racional juega un papel, pero en estos tiempos la reconstrucción difícilmente se desvía de lo que el Derecho debe ser de acuerdo con la teoría CI. Hoy en día, debido a que los derechos humanos han influido en los contenidos de muchos sistemas jurídicos occidentales, la reconstrucción del Derecho en una teoría coherente lleva a desviaciones mucho mayores. Estas diferencias en la cultura jurídica, sin embargo, no causan la diferencia entre la corrección de una teoría CI y una teoría de la coherencia. La teoría de la coherencia toma estas diferencias en cuenta y lleva a conclusiones diferentes en función de los contenidos del Derecho, de acuerdo con la cultura jurídica del momento. Sólo en tiempos legalistas esto se corresponde con la teoría CI, que es entonces también una buena aproximación al Derecho. Pero incluso entonces es sólo una buena aproximación, pero no una buena teoría.

9. Conclusión ontológica

¿Cuál es entonces el objeto de la mejor teoría del Derecho de acuerdo con la alternativa 1?. La respuesta teóricamente mejor es fácil de dar, pero difícil de especificar: el Derecho es lo que la mejor teoría de todo dice que es. Para ser más específicos debemos formular la teoría más coherente de todo, lo que es claramente pedir demasiado. Debemos no obstante esforzarnos en formular lo que esperamos que sea la mejor aproximación actual-

²⁶ Ver Hart 1958.

mente disponible. De acuerdo con esta aproximación, el Derecho moralmente vinculante debe ser caracterizado de forma que sea coherente con las siguientes observaciones:

- El Derecho moralmente vinculante está necesariamente conectado con la motivación normativa de acuerdo con el siguiente esquema: Este es el Derecho, entonces debo seguirlo.
- No hay un hilo conductor necesario entre el conocimiento del Derecho como institución (de acuerdo con la teoría CI) y una motivación normativa.
- La deliberación moral racional convierte el conocimiento del Derecho como una institución (de acuerdo con la teoría CI) en el Derecho que es una razón normativa para la acción. Esta conversión no significa que todo el Derecho CI deba ser seguido, sino simplemente que el Derecho CI es un punto de partida en la construcción de una teoría coherente. Otro punto de partida es la idea de que el Derecho debe ser seguido. En combinación con nuestros puntos de vista morales, estos puntos de partida llevan, mediante un proceso de mutua adaptación, a una teoría de lo que jurídicamente debe de hacerse.

Las conclusiones ontológicas son las siguientes:

- El Derecho social moralmente vinculante resulta superveniente a partir de dos cosas conjuntamente: a partir de las instituciones jurídicas y a partir de las obligaciones morales. Lo primero resulta superveniente, a su vez, a partir de las mutuas creencias, lo segundo resulta superveniente a partir de motivaciones y disposiciones de los seres humanos racionales (esto es, que argumentan coherentemente). Permítanos repetir, de esta forma, que el Derecho correcto (vinculante) resulta superveniente a partir de la motivación moral que es desencadenada por instituciones que resultan supervenientes a partir de las creencias mutuas.
- (La interpretación de) el Derecho personal moralmente vinculante resulta superveniente a partir de dos cosas conjuntamente: Del conocimiento individual de las instituciones jurídicas y de las obligaciones morales. Lo primero resulta superveniente, a su vez, de las creencias mutuas, lo segundo resulta superveniente de motivaciones y disposiciones del individuo, a condición de que sea moralmente sensible y racional. Nuevamente el Derecho correcto (vinculante) personal resulta superveniente de la motivación moral y es desencadenado por instituciones que resultan supervenientes de las creencias mutuas.
- (La interpretación de) el Derecho personal se convierte en Derecho social si no es contestada por otras personas sobre la base de razones superadoras.

Vamos a concluir con consecuencias prácticas. La ontología del Derecho es infinitamente compleja. Para construirla consistentemente debemos reparar en difíciles cuestiones filosóficas. Tales materias no son propias de la práctica diaria de los juristas. Los juristas deben usar una terminología simple. Pero deben ser conscientes de que esa simplicidad, aunque útil, es defectuosa. Nunca sabemos cuando será indispensable un análisis más profundo.

(Trad. de Ángeles Ródenas)

Bibliografía

- Aarnio, Aulis. 1987. *The Rational as Reasonable*. Dordrecht/ Boston/ Lancaster/ Tokyo: Reidel.
- and Peczenik, Aleksander. 1995. «“Suum Cuique Tribuere”. Some Reflections on Law, Freedom and Justice». 8 *Ratio Juris* 1995, 142 f.
- Alexy, R. and A. Peczenik (1990), «The Concept of Coherence and its Significance for Discursive Rationality», *Ratio Juris*, vol. 3, no. 1bis.
- Brouwer, Bob W. (1998). «Rechtsvormende rechter of “bouche du droit”?», *Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 27, vol, 1, pp. 4-9.
- Hage, Jaap C. and Peczenik, Aleksander, «Law, Morality and Defeasibility». *Ratio Juris*, en prensa.
- Hart, H.L.A. (1958). «Positivism and the Separation of Law and Morals», en H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford 1983, p.49-87.
- Hart, H. L.A., 1961. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Kim, Jaegwon (1994). «Supervenience». Voz de enciclopedia en S. Guttenplan, A *Companion to the Philosophy of Mind*, Blackwell, Oxford 1994, pp. 575-583.
- Lagerspetz, Eerik. 1999. *On the Existence of Institutions*. Manuscript.
- Lodder A. (1998). *DiaLaw. On Legal Justification and Dialog Games*. Thesis Maastricht.
- Mackie, John L. 1977. *Ethics. Inventing Right and Wrong*. Harmondsworth: Penguin.
- 1977b. «The Third Theory of Law», *Phil. & Pub. Affairs* 7.
- Peczenik, Aleksander. 1979. *Causes and Damages*. Lund: Juridiska föreningen.
- 1989. *On Law and Reason*. Dordrecht / Boston / London: Kluwer.
 - 1995. *Vad är rätt*. Stockholm: Norstedts.
 - 1997. «Jumps and Logic in the Law». H. Prakken en G. Sartor (eds.), *Logical Models of Legal Argumentation*, Kluwer 1997, p. 141-174
 - 1998. 1) «A Coherence Theory of Juristic Knowledge». 2) «Second Thought on Coherence and Juristic Knowledge». In: Aarnio, Alexy, Peczenik, Rabinowicz and Wolenski, *Coherence Theory of Law*. Lund: Juristförlaget.
 - 1999. «Värdenihilismen och den konstruktiva juridiken». *Juridisk Tidsskrift*.

- Ruiter, Dick.W.P. (1993). *Institutional Legal Facts. Legal Powers and their Effects*. Kluwer Academic Publishers, Dordrecht e.a.
- Savigny, Friedrich Carl. 1840. *System des heutigen römischen Rechts*. Band 1. Berlin.
- Smith, Michael. 1994. *The Moral Problem*. Oxford UK & Cambridge USA: Blackwell.
- Sosa, Ernest. 1990. «Putnam's Pragmatic Realism», *Journal of Philosophy* 90.
- Strandberg, Caj. 1999. *Moral Dependence*. Manuscript.
- Strömberg, 1980. *Inledning till den allmänna rättsläran*. 8 ed. Lund: Studentlitteratur.
- Teller, P. (1995). «Supervenience». Voz de enciclopedia en J. Kim and E. Sosa, *A Companion to Metaphysics*, Blackwell, Oxford 1995, pp. 484-486.
- Verheij, Bart (1996). *Rules, Reasons, Arguments. Formal Studies of Argumentation and Defeat*. Thesis Maastricht University.

