
E N T R E V I S T A

ENTREVISTA CON JOSEPH RAZ

*U*sted empezó su carrera académica en la Universidad Hebrea de Jerusalén, en 1967, tras haber estudiado en Oxford con H.L.A. Hart y haber escrito su tesis doctoral, que se transformaría más tarde en *The Concept of a Legal System*. ¿Podría contarnos algo sobre los primeros años de su carrera académica? ¿Qué influencia tuvo Hart sobre usted en su periodo de estudiante y en su decisión de dedicarse a la teoría del Derecho? ¿Qué otros profesores influyeron en usted durante su primer periodo en Oxford?

Se me animó a especializarme en filosofía jurídica por parte de mis profesores en la Universidad Hebrea durante mis estudios de licenciatura. Uno de ellos en particular, E. Posnanski, o Edek como era conocido por los amigos, se tomó interés por mí y fue responsable de mi decisión de dedicarme a la filosofía jurídica. Edek había sido discípulo de la escuela polaca de los años 20 y 30, y en particular de Kutarbinski. Era el secretario general de la Universidad Hebrea y daba también, a tiempo parcial, seminarios avanzados de filosofía. Yo deseaba estudiar filosofía, pero por temor al desempleo decidí estudiar también Derecho. Cuando él lo supo, me animó a estudiar simultáneamente en ambos departamentos y a especializarme en filosofía jurídica, un área en la que la Universidad necesitaba un especialista. Así, mi carrera me vino, de alguna manera, planificada desde el principio de mis estudios de licenciatura. Yo me sentía halagado por su confianza en mí, pero no la compartía. Sufrí las mismas dudas y agonías que cualquier principiante. Pero Posnanski era hombre de palabra y, cuando me licencié en Derecho, fue él quien me dijo que el siguiente paso era ir a Oxford donde, como me dijo, enseñaba el mejor filósofo del Derecho contemporáneo, H. L. A. Hart. En esa época yo sabía muy poco de la filosofía jurídica contemporánea. Posnanski me hizo escribir un trabajo sobre los

análisis de Hart y Scarpelli acerca del significado de los términos jurídicos, en un seminario dedicado principalmente a la semántica de los términos teóricos y dispocionales en la tradición analítica. (Carnap ocupaba un puesto importante en nuestro horizonte filosófico. El prof. Bar-Hillel, un antiguo discípulo y amigo suyo, fue el profesor de filosofía que más influyó sobre mí). Yo sabía también algo de Kelsen, pues dos antiguos discípulos suyos enseñaban en la Facultad de Derecho. Era lo suficientemente engreído como para cuestionar, en uno de mis exámenes, el uso que otro de mis profesores de Derecho hacía de la norma básica de Kelsen.

Me encontré así destinado a la filosofía jurídica muy pronto, y cuando llegó la oportunidad de ir a Oxford no la rechacé. Posnariski me consiguió una beca del British Council y me marché.

La influencia de Hart en el Oxford de mediados de los sesenta no puede exagerarse. Era en ese momento el escritor de filosofía práctica más incisivo y elegante de Oxford y de todo el mundo de habla inglesa. Sus clases tenían lugar en el aula de mayor tamaño de la Universidad y atraían masas. Uno tenía que llegar pronto para conseguir asiento. Al ser yo nuevo en Oxford y no estar familiarizado con sus costumbres, no apreciaba por completo cuán excepcional era su popularidad. Pero también yo estaba contagiado por la sensación de acontecimiento que sus clases suscitaban, por la expectación con que los estudiantes de postgrado esperaban oír nuevas ideas sobre temas profundos, por la excitación generada por sus opiniones, por las discusiones entre nosotros que seguían a cada clase.

La posición de Hart en Oxford estaba en aquellos días en su cenit. Brian Simpson y otro profesor de filosofía dieron un seminario sobre *El Concepto de Derecho* de Hart. El buque insignia de las enseñanzas de teoría política para estudiantes de postgrado, un seminario dirigido por Berlin, Plamenatz y otros, dedicaba un par de sesiones a la obra de Hart y su nombre surgía también en discusiones correspondientes a otras sesiones. Estas pruebas de fascinación que ejercía sobre la Universidad en su conjunto carecían de toda importancia, sin embargo, comparadas con el impacto que suponía el recibir directamente su enseñanza. Dirigía un seminario sobre responsabilidad penal juntamente con R. Cross y N. Walker, ambos académicos eminentes. A menudo estaban en desacuerdo y la superioridad de Hart en la discusión era abrumadora.

Este seminario estaba organizado meticulosamente, y llegó a ser, y todavía lo es, uno de mis modelos para el seminario ideal.

De forma semejante mis sesiones con él llegaron a ser para mí el modelo de sesión de trabajo con un pequeño número de estudiantes de investigación, un ideal que nunca he podido alcanzar. La altura de su posición en la Universidad hacía que resultara del todo sorprendente su sencilla y modesta forma de comportarse y su genuino interés por los estudiantes. Estaba siempre disponible para consejo y consulta. Pero, por encima de todo, resultaba claro que dedicaba mucho trabajo a los ensayos que le presentaban los estudiantes (pues su método de trabajo era éste: los ensayos se le enviaban por adelantado, él los leía y releía cuidadosamente y los devolvía cubiertos de notas con su letra ilegible antes de que uno se reuniera con él para discutirlos). Sus críticas eran penetrantes, pero planteadas siempre de una forma que no intimidaba. Siempre me dio una oportunidad de defenderme y seguía mis tortuosos intentos de articular mis ideas, demasiado a menudo incoherentes, con una curiosidad divertida, a veces acompañada de muecas. La curiosidad por las nuevas ideas y las nuevas personas era uno de los rasgos más atractivos de su carácter. Ello hacía de él una persona que resultaba delicioso conocer. Estaba siempre lleno de nuevas ideas con las que había topado, de nuevas historias que había oído, de impresiones de nuevas personas a las que había conocido. La incredulidad de alguna manera aumentaba, más que enfriar, su curiosidad. Estas actitudes hacían que a todo estudiante le diera con seguridad una oportunidad de que entrara en discusión con él e intentara defender ideas que el propio Hart no veía con buenos ojos.

A partir de estas acotaciones puede ver usted que la influencia de Hart no se limitaba de ninguna manera a sus ideas. Él representaba un ideal de buen hacer académico. Lo mismo vale para Oxford en general. Naturalmente, todos nosotros acudíamos en tropel a escuchar a los grandes profesores de la época. Berlin, Ryle, Ayer y otros que quedaban lejos de mis intereses de investigación, Dame Helen Gardner, Neville Coghill, Lord David Cecil. Pero las ocasiones más memorables eran aquellas en las que se nos permitía ver nuevas obras en preparación. Estas podían dividirse en dos grupos. Por un lado, las clases completamente pulidas e inmensamente densas basadas en manuscritos finales o casi finales de libros importantes. Strawson nos dio clases sobre Kant, esto es, nos leyó el todavía no publicado *Bounds of Sense*, un libro tan bello por su economía de lenguaje como difícil a causa de su abstracción y de su estilo inmensamente condensado. Tratar de seguir los argumentos cuando eran expuestos en la clase era una tarea sin esperanza, pero nos recompensaba

el asomarnos a un pensamiento verdaderamente profundo y también la satisfacción que nos producía el contemplar la actuación de un virtuoso.

El segundo grupo constaba de trabajos que estaban todavía muy lejos de encontrarse pulidos, de trabajos, con frecuencia completamente tortuosos, presentados por personas que estaban todavía luchando con sus ideas, y que los exponían para que fueran criticados y discutidos. Algunos de estos filósofos eran objeto de culto por parte de algunos discípulos fervorosos, conocedores de sus trabajos no publicados, los cuales circulaban fotocopiados (y en esos días la fotocopia era todavía algo relativamente raro). Los seminarios de Paul Grice no tenían sólo el atractivo de su mente incisiva, de su capacidad sin rival para ver a la vez los árboles y el bosque, y de sus bromas inimitables, audibles sólo para quienes se sentaban en las primeras filas (o en torno a él, o tras él en la tarima, en una atmósfera de intensa excitación), sino también de saber que lo que estaba diciendo había sido muy probablemente escrito durante la semana transcurrida desde la sesión anterior al día del seminario. Esas impresiones de excitación y de esfuerzo académico fueron las lecciones más perdurables de aquellos años de Oxford.

En su primer libro, The Concept of a Legal System, su propia teoría del Derecho emerge a partir de una amplia discusión de las teorías de Kelsen y Hart. ¿Podría trazarnos un balance de cuáles son, en su opinión, las aportaciones e insuficiencias más destacables de las teorías kelseniana y hartiana y explicarnos lo esencial de la manera en que cada una de ellas ha influido sobre su propia teoría?

Sería presuntuoso tratar de evaluar en pocos párrafos las que son, en mi opinión, las principales teorías de este siglo. En vez de ello me gustaría aprovechar la forma en cierto modo biográfica en que está planteada la pregunta y reflejar cuál fue mi personal reacción frente a las teorías de Kelsen y Hart en los años 60 y 70. Me intrigaban dos grupos de problemas. Uno era el de sus respectivos planteamientos acerca de la naturaleza sistemática del Derecho y el otro, que es un problema que todavía encuentro difícil de aprehender, era el de la relación entre la normatividad del Derecho y su fundamento social.

Kelsen es valioso cuando comenta en términos generales la naturaleza sistemática del Derecho, el hecho de que el Derecho es un sistema. Pero decepciona cuando viene a dar cuenta de este rasgo del Derecho. La distinción entre las dos formas de

representar el Derecho, esto es, como un sistema estático y como un sistema dinámico, es la admisión de un fracaso. Solamente la representación dinámica llega a empezar a dar cuenta de la naturaleza sistemática del Derecho. De esta forma, la representación estática debería, para ser adecuada, ser equivalente a la representación dinámica. Como traté de mostrar en *The Concept of a Legal System* ambas no son equivalentes, y de hecho la representación estática, tan vital para gran parte de su teoría, apenas es coherente. El planteamiento de Hart en términos de normas primarias y de tres tipos de normas secundarias me parece un punto de arranque más exitoso para dar cuenta de la naturaleza sistemática del Derecho. Lo que ninguno de ellos proporciona es una explicación de la manera en que la unidad de la doctrina y de los principios fundamentales unifica un sistema jurídico. Por regla general ambos ignoran este aspecto del problema. De alguna manera éste es el reto más difícil al que se enfrenta la filosofía jurídica: proporcionar una explicación de la interacción entre autoridad y doctrina. Kelsen y Hart hacen un buen trabajo en lo que se refiere a dar cuenta de la autoridad, pero tienen menos éxito en cuanto a poner en relación el papel de aquélla con el de la doctrina.

Otro aspecto del mismo problema es la cuestión de si el Derecho es un sistema abierto o cerrado, esto es, de hasta qué punto el Derecho es autosuficiente para dirigir y guiar tanto a los miembros de la colectividad como a los funcionarios del sistema por medio de sus propios recursos, y de hasta qué punto es abierto, esto es, toma en préstamo normas morales, sociales y otras. Aquí tanto Kelsen como Hart han hecho contribuciones muy importantes al analizar las maneras esenciales e inevitables en que los sistemas jurídicos son necesariamente abiertos si se los concibe como sistemas institucionales, cuyas normas son producto de la costumbre, del precedente o de la legislación. En sus últimos años Kelsen desarrolló sus ideas sobre lo que conocemos como indeterminación en una dirección extrema, uniendo sus fuerzas a las de los escépticos jurídicos extremos. Sus opiniones de ese período tienen el aire de la paradoja. Pero plantean un serio reto a la teoría jurídica, y lo hacen de una forma más efectiva de como, digamos, llega a hacerlo normalmente la orientación radical de los Critical Legal Studies americanos. El reto no consiste tanto en señalar lo que la posición radical tiene de equivocado. Esto ha sido hecho por Hart y, a partir de él, por muchos otros. El reto es más bien extraer todas las implicaciones para una representación positiva del Derecho. Esta tarea aguarda aún a ser completada. Ha de integrarse con una representación

más detallada de la que se ha hecho hasta ahora de las maneras en que el Derecho es un sistema abierto, o quizás debiéramos decir semiabierto. Las teorías del Derecho han sido valiosas en cuanto a tratar de trazar la línea de demarcación entre diversos factores, tales como Derecho y discreción. Han aportado menos en lo que se refiere a explicar su interacción, a la manera en que se mezclan y combinan entre sí -quiero decir idealmente, que es donde juegan su papel característico- determinando las reglas y doctrinas por medio de las cuales la gente debe gobernarse. Es posible que sea poco lo que pueda decirse en general sobre tal mezcla. Posiblemente adopta formas diferentes en diferentes contextos. Pero ni siquiera eso ha sido establecido. Uno sospecha que mientras en muchos sentidos la «mezcla» varía de un contexto a otro, hay más que decir acerca de la naturaleza en general de tal «mezcla» de lo que se ha dicho hasta ahora.

Como dije, la relación entre la normatividad y las bases sociales del Derecho proporciona el segundo grupo de problemas respecto de los cuales tanto Kelsen como Hart han hecho avances significativos. Kelsen hizo un intento heroico para definir términos normativos tales como derecho subjetivo y deber sobre la base de relaciones normativas entre normas, esto es, excluyendo de la definición cualesquiera consideraciones sociológicas. Pienso que a este respecto su propósito está justificado. Hart discutió esto sobre la base de que «reglas», «deberes», «poderes» y otros términos connotan la existencia de ciertas clases de prácticas sociales. He dicho que me parece que Kelsen perseguía un fin justificado, pues el uso de estos términos se ha extendido de forma que tiende a liberarlos de un anclaje social esencial. Incluso cuando esto no es así («reglas» es la excepción) los filósofos tienen buenas razones para concentrarse en los rasgos que unen las reglas que son practicadas y aquéllas que debieran serlo pero no lo son. El uso filosófico de «utilitarismo de reglas», por ejemplo, es útil para considerar un posible desarrollo de la moralidad utilitarista. Desafortunadamente Kelsen trató de analizar los conceptos normativos en relación con las sanciones y la coerción. Esto era inevitable dado su subjetivismo moral. Pero ello fue desafortunado y le condujo a graves distorsiones en su análisis.

Además, aunque tenía razón en pensar que las actitudes sociales no han de entrar en el análisis de los términos normativos centrales, se equivocó en pensar que no han de entrar en la identificación de cuándo el Derecho impone un deber o confiere un poder o un derecho subjetivo. El propio hecho de que el Derecho

sea, como Kelsen y Hart concuerdan, una institución social, significa que su contenido debe ser determinado por medio de hechos sociales, y éstos incluyen actitudes que determinan qué es un deber, qué es un precio y qué es un impuesto. Hart reprendió a Kelsen por estos errores en su famoso debate (ver «Kelsen Visited») y tenía razón. Pero por otro lado Hart llegó demasiado lejos al pensar que (probablemente a causa de esto) no se necesitaba nada semejante a la norma básica y que la teoría jurídica sólo necesita suponer la existencia de una práctica de los funcionarios jurídicos a la que denominó regla de reconocimiento. Yo pienso que en cierto sentido ambos tenían razón y ambos se equivocaban. Necesitamos algo así como la regla de reconocimiento. Como he tratado de mostrar en *The Concept of a Legal System* la continuidad y alcance de un sistema jurídico no puede determinarse por las relaciones internas entre normas. Depende por completo de prácticas y actitudes sociales. Por otra parte necesitamos también algo así como la norma básica para explicar la normatividad del discurso jurídico. Este, en su uso normal, expresa, como Kelsen y otros se dieron cuenta, aprobación moral.

Mis reflexiones anteriores no son muy satisfactorias. No hay aquí posibilidad de explicar y defender por completo los argumentos expuestos. Pero al menos ellos muestran la forma en que me pareció que aprendía de los escritos de uno y otro, a pesar de los profundos desacuerdos entre ambos.

Me gustaría que nos ocupáramos ahora de dos puntos de sus críticas a la teoría de Hart. El primero es el siguiente: usted ha criticado la tesis hartiana de la unidad de la regla última de reconocimiento diciendo que no hay razón para suponer que todo sistema jurídico tenga sólo una regla de reconocimiento, y que es posible que un sistema jurídico contenga medios de resolver conflictos entre normas emanadas de las diversas fuentes últimas a través de diversas reglas de reconocimiento, cada una de las cuales se encuentre relacionada con una de estas fuentes. Todo lo que necesitamos -dice usted- es que cada regla de reconocimiento indique la posición jerárquica de la fuente con la que está relacionada. Pero podría pensarse que decir (i) que un sistema jurídico contiene diversas reglas de reconocimiento cada una de las cuales indica, de forma consistente con las demás reglas de reconocimiento, la posición jerárquica de cada fuente última, tiene exactamente el mismo significado que decir (ii) que un sistema jurídico contiene una regla de reconocimiento que indica la ordenación jerárquica de las diversas fuentes últimas.

¿Qué piensa usted?

Este problema tiene diversos aspectos. Permítame primero despejar un punto trivial. Si existen reglas de reconocimiento, entonces la doctrina del precedente, en el Derecho inglés, es parte de la regla inglesa de reconocimiento. Es una doctrina confirmada como una práctica judicial, y sus detalles cambian de tiempo en tiempo con cambios en la práctica judicial de considerar a los precedentes como vinculantes. Esta práctica es muy complicada. Enunciarla ocuparía varias páginas. Esta enunciación incluye identificar qué tribunales están vinculados a cuáles otros, y cuándo están vinculados, a qué exactamente están vinculados, qué partes de una sentencia son vinculantes, y cuando, como es el caso común, hay diversas opiniones, y un tribunal está dividido, cómo decidir lo que es vinculante. Esta doctrina compleja es conocida como la doctrina del precedente, y se piensa que está constituida por varias reglas. Es extraño pensarla como un mero elemento de una regla, que también contiene doctrina relativa a la legislación, al papel del Derecho internacional consuetudinario, a la costumbre, y posiblemente a otras cosas, tales como el estatuto del Derecho de la Comunidad Europea. (Puede argüirse que uno u otro de estos puntos no es un asunto de práctica judicial última, sino que se encuentra regulado por la legislación o el precedente, pero esto es discutible). Una de las grandes contribuciones de Hart fue lograr que los teóricos del Derecho hablaran y escribieran responsablemente en el sentido de no distorsionar el significado de las palabras que emplean. Atendiendo a este criterio, en la mayoría de los tribunales hay más de una regla de reconocimiento, si es que hay alguna (es decir, si la doctrina de la regla de reconocimiento es sólida).

Vayamos ahora a un punto más importante. De acuerdo con Hart todo lo que es Derecho es Derecho en virtud de la regla de reconocimiento, y de otros hechos a los que ella misma dota de ciertos efectos jurídicos. La única excepción a esto es la propia regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento es Derecho porque es la práctica de los funcionarios del sistema. Si el ser practicada por los funcionarios (permítaseme adoptar el hábito común de tomar lo particular por lo general y hablar de la práctica de los tribunales) dota a una regla de status jurídico, entonces esto vale para todas las reglas que son practicadas por los tribunales, no sólo para la regla de reconocimiento. De esta forma, las prácticas judiciales que afectan a la manera de llevar los casos, y que existen sólo como prácticas judiciales, y no en virtud de ley o de precedente, son, sin embargo, fuente de reglas

jurídicamente vinculantes. Tales reglas no tienen por qué ser reglas de reconocimiento. Esto es, no tienen por qué ser reglas acerca de qué fuentes se han de reconocer como fuentes jurídicas. Pueden ser reglas ordinarias sustantivas para guiar la conducta de los tribunales.

Finalmente, yo tenía la preocupación de hacer ver a la gente que la «necesidad» de ordenar diferentes fuentes jurídicas con la finalidad de resolver conflictos entre reglas que emergen de ellas no es una razón para suponer que hay sólo una regla de reconocimiento para cada sistema. La razón trivial para ello es un reflejo de lo antes dicho, esto es: tal resolución puede deberse a una doctrina o regla de conflicto independiente. Menos trivialmente, el conflicto puede surgir entre reglas que surjan de una y la misma fuente, y cuando surgen de diferentes fuentes no tiene por qué ser el caso que su resolución dependa de las fuentes de las reglas. Es un gran mito del Derecho Constitucional inglés que el Derecho legislado tiene precedencia sobre todas las otras normas. Esta es una perspectiva muy simplista. Como sabe todo jurista, con frecuencia los tribunales interpretan el Derecho legislado fuera de los límites de su significado para ponerlo en línea con el *common law* o con las obligaciones internacionales de Gran Bretaña. El hecho de que esto se haga bajo la omnibarcante descripción de «interpretación» no debiera oscurecer el hecho de que los tribunales se ocupan, en tales casos, de resolución de conflictos. De esta forma, las doctrinas de la resolución de conflictos en Inglaterra, y en todos los demás países, son complejas y sutiles. No pueden encerrarse en una regla simple tal como la supuesta regla de la soberanía parlamentaria.

Antes de que deje el tema de la resolución de conflictos permítame añadir otro punto. Su pregunta puede leerse de forma que implique que todo sistema jurídico debe incluir reglas aptas para determinar cómo solucionar todo conflicto al que den origen sus reglas y doctrinas. Yo no creo que esto sea el caso. De hecho estoy comprometido con el rechazo de esta proposición so pena de autocontradecirme. He argumentado ampliamente que el Derecho puede contener, y de hecho contiene, lagunas que resultan de indeterminaciones. No conozco ninguna razón por la que tales indeterminaciones no puedan afectar a las reglas que versan sobre la resolución de conflictos, dejando a muchas disputas sin resolución establecida. He ido incluso más allá, señalando precisamente que la existencia de conflictos no resueltos constituye una de las mayores fuentes de lagunas en el Derecho. Aunque Hart se ha mostrado siempre receloso por lo que se refiere a hablar de lagunas en el Derecho, las observaciones que

acabo de hacer están de completo acuerdo con su teoría. Su celebrado ejemplo de la indeterminación del corazón del Derecho constitucional inglés, esto es, la carencia de una respuesta correcta a la pregunta «¿es la soberanía parlamentaria perpetua o autocomprensiva?» significa que bien puede haber conflictos no resueltos entre leyes en el Derecho inglés tal como existe hoy.

Para volver a la cuestión de «cuántas reglas de reconocimiento». Admitir que puede haber más de una regla de reconocimiento priva a la regla de reconocimiento de una de sus funciones aparentes, es decir, de su carácter de garante de la unidad de un sistema jurídico. La teoría de Hart supone una respuesta simple a la cuestión de si dos reglas cualesquiera pertenecen al mismo sistema jurídico. Pertenecen al mismo sistema si ambas derivan de la misma regla de reconocimiento o si una de ellas es la regla de reconocimiento de la que la otra se deriva. Si un sistema jurídico puede contener varias reglas de reconocimiento, y también otras reglas que no derivan de ninguna regla de reconocimiento, sino cuya juridicidad deriva del hecho de que son practicadas por los tribunales, entonces la respuesta de Hart a la cuestión de la unidad del Derecho está equivocada. En su lugar, hemos de decir que las reglas pertenecen al mismo sistema si son practicadas por los mismos funcionarios o derivan de reglas practicadas por los mismos funcionarios. De esta forma, parece que la unidad del Derecho viene determinada por la unidad de sus instituciones, y no por la identidad de ninguna regla magistral.

Decirlo así exagera la significación de lo que se ha sostenido. Después de todo, las instituciones están ellas mismas constituidas por reglas. Además, los sistemas jurídicos descansan sobre un grupo de instituciones. Así, surge la pregunta de qué hace a dos instituciones parte del mismo sistema. La respuesta, cualquiera que pueda ser, y yo no creo tener una respuesta formal completamente satisfactoria, es probable que nos remita de nuevo a las reglas. Por ejemplo, es probable que remita, en parte, al hecho de que hay un solapamiento en las reglas aplicadas por las diferentes instituciones, o a que algunas de ellas practican reglas que reconocen la supremacía de las otras.

El segundo punto de su crítica a la teoría de Hart al que me gustaría referirme es el siguiente: usted ha criticado, en Practical Reason and Norms, la teoría hartiana de las normas como prácticas por tres razones: «no explica las reglas que no son prácticas; no consigue distinguir entre reglas sociales y razones ampliamente aceptadas; y priva a las reglas de su carácter normativo». Quisiera preguntarle por el primer y el tercer punto.

Por lo que respecta al primero, usted ha escrito que «las reglas no necesitan ser practicadas para ser reglas», lo que es obviamente correcto por lo que hace a las reglas, digamos, de una moralidad crítica. Pero usted ha escrito también que «puede ser verdad que ciertos tipos de reglas deben ser practicadas. Una regla jurídica no es una regla jurídica a menos que sea parte de un sistema jurídico que sea practicado por una determinada comunidad». Desde un punto de vista hartiano podría decirse, como réplica a su crítica, que la obra hartiana no trata de ser una teoría general de las reglas de cualquier clase, sino sólo una teoría de las reglas jurídicas, es decir, de las reglas que pertenecen a esa institución social a la que llamamos “Derecho”, y que, para esta finalidad, la teoría de las reglas como prácticas sociales es adecuada.

Sobre el tercer punto usted ha escrito que la existencia o no de una práctica es irrelevante para el razonamiento práctico. Yo esto y de acuerdo con usted, pero, también desde una perspectiva hartiana, cabe decir que Hart no entiende su propia teoría como una teoría justificatoria que trate de desempeñar una función de guía para el razonamiento práctico, sino meramente como una teoría descriptiva que pretende cumplir tan sólo una función explicativa.

¿Qué piensa usted?

Permítame empezar por el final. Usted dice que Hart no considera a su teoría como una teoría justificatoria. Esto es verdad, y me aventuraría a añadir que con razón por su parte. Una teoría sobre la naturaleza del Derecho no debe ser una teoría justificatoria, si ello quiere decir una teoría que justifique alguna acción. Todo lo que debe hacer es explicar (justificar una manera de comprender, si usted quiere) el Derecho. Pero para hacer esto debe explicar que los jueces y otras personas consideran al Derecho como justificatorio, y de qué forma lo consideran así, de qué forma está presente el Derecho en su razonamiento práctico. Debe hacerlo así porque es un rasgo esencial del Derecho el que éste pretende ser una razón para la acción y porque, si nos referimos a cualquier sistema jurídico que esté en vigor, esta pretensión es reconocida por las instituciones jurídicas. Si una teoría jurídica como la de Hart no toma en cuenta este rasgo, o aún peor, si ofrece una imagen del Derecho que sea inconsistente con él, entonces esa teoría es defectuosa.

Volviendo ahora a su primer punto usted, naturalmente, tiene razón al decir que las reglas jurídicas de sistemas jurídicos que están en vigor pertenecen a un sistema que es practicado, de

una forma u otra, en un grado mayor o menor. Pero yo no creo que esto invalide la objeción planteada por mí. En primer lugar, es un mérito de Hart el que se negara a seguir la práctica de muchos teóricos del Derecho que consideran al Derecho aisladamente. Su gran contribución a la filosofía jurídica se deriva de su capacidad para introducir en el Derecho los frutos de la mejor filosofía de su tiempo. Es, por consiguiente, significativo que su teoría del Derecho se desarrollara sobre el transfondo de un planteamiento general de la normatividad, es decir, un planteamiento del significado de «reglas» y «deberes» en general. Este planteamiento es después modificado y desarrollado por él para cubrir el caso de las reglas y deberes jurídicos.

Mi tesis, que usted critica, era que el planteamiento de las reglas de Hart es defectuoso. Si lo es, entonces su planteamiento de las reglas jurídicas es también defectuoso, pues las reglas jurídicas son reglas. Si las reglas no son prácticas entonces las reglas jurídicas no pueden ser prácticas. Como mucho pueden ser reglas que la gente practica. Esto para en seco la identificación de las reglas (incluso de las reglas jurídicas) con la práctica de esas mismas reglas. Creo todavía que mi objeción era esencialmente sólida. Pero creo que estaba enunciada de una forma algo exagerada. Permítame volver a enunciarla como sigue: en inglés «una regla» se refiera solamente a una norma o estándar que es practicado, o que pertenece a una institución que está típicamente basada en prácticas sociales de una u otra clase. El «inglés filosófico» se ha apartado de este significado. Cuando la gente hablaba de «utilitarismo de reglas» era a veces ambigua en lo que respecta a si estaban pensando en reglas que fueran practicadas. Pero generalmente resulta claro que no es en esto en lo que estaban pensando. Pensaban simplemente en reglas que debieran ser practicadas. En otras palabras, dirigían su atención hacia aquellos aspectos de las reglas que hacen que éstas tengan un papel especial en el razonamiento práctico, y se daban cuenta de que el que fueran practicadas era, desde este punto de vista, indiferente.

Algunas reglas, por ejemplo, las reglas convencionales, son obligatorias porque son practicadas. En el caso de estas reglas, el que sean practicadas es (parte de) su especial papel en el pensamiento práctico. De otras reglas, sin embargo, incluyendo muchas reglas morales, no se piensa normalmente que su validez dependa de que sean generalmente observadas. Aquí el que sean practicadas no contribuye de ninguna manera a dar cuenta de por qué tales reglas son reglas, es decir, a dar cuenta de cómo operan en el razonamiento práctico. Es posible argumentar que

esto es precisamente como debe ser porque las reglas no tienen un papel especial que jugar en el razonamiento crítico. Yo pienso que esto no es así, y mi crítica de Hart se acompañaba de un intento de explicar qué hay de especial en las reglas, que consiste en que éstas tienen fuerza perentoria. Algo semejante a esta opinión ha sido después sostenido por Hart en su libro *Essays on Bentham*. Pero incluso si esto fuera equivocado, ello dejaría intacto el punto lógico básico, que es que incluso si sólo lo que es practicado puede ser una regla, las reglas no han de identificarse con las prácticas.

Usted ha rechazado la tesis kelseniana de la identidad entre sistema jurídico y Estado y ha escrito que «el sistema jurídico es sólo una parte de las normas que constituyen el sistema político: la mayoría de los sistemas políticos incluyen numerosas normas no jurídicas». ¿Cuál es, en su opinión, el criterio para distinguir las normas jurídicas de las normas no jurídicas de un mismo sistema político? Y, más en general, ¿cuál es su opinión sobre las relaciones entre teoría jurídica y teoría política?

Es difícil dar una respuesta satisfactoria a estas preguntas. Soy de los que consideran útil dividir la teoría jurídica en el estudio de la naturaleza del Derecho y de los problemas conceptuales centrales de interpretación, etc., el estudio de las doctrinas generales de un particular sistema jurídico o clase de sistemas jurídicos (por ejemplo, sistemas de *common law*) en materias tales como el razonamiento jurídico, las doctrinas de la obligación en Derecho civil, o de la responsabilidad penal, y finalmente la investigación normativa de cuestiones morales con implicaciones jurídicas (¿cuál es un porcentaje justo de presión fiscal?, ¿cuál es una estructura justa de los poderes públicos?, ¿cuál es la mejor manera de organizar las relaciones de familia o cuáles son los fundamentos justos de la responsabilidad penal?). Bien puede ser que usted pregunte si no hay otras partes de la teoría jurídica y qué es lo que unifica a las tres partes que acabo de mencionar en una disciplina intelectual. La respuesta a esta pregunta es que no hay mucha unidad intelectual. La teoría jurídica en el mundo de habla inglesa cubre más o menos aquellas porciones de teoría que pueden enseñarse en las Facultades de Derecho a los estudiantes de Derecho, y eso varía de un lugar a otro y de un período a otro. Así pues, no hay una coherencia intelectual estricta en la materia y tampoco una forma de clasificar exhaustivamente sus partes. En momentos diferentes, aspectos de la ciencia política, o de la teoría económica, o de la sociología urbana o de la

filosofía moral o política son abordados en artículos cuyo título indica que pertenecen a la teoría del Derecho, o se publican en revistas de teoría del Derecho, o se enseñan en cursos de teoría del Derecho.

Esto explica por qué incluso en un momento de interés sin precedentes por la teoría jurídica en las facultades de Derecho americanas yo sólo encuentro un puñado de teóricos que escriban sobre los problemas que me interesan, o sobre los problemas que serían reconocidos como parte de la teoría jurídica por cualquiera que entienda ésta de la forma en que Kelsen, Bobbio o Hart la entendían. Quizá esto no importe. Puede que no sea del todo importante que los estudiantes de Derecho estudien teoría jurídica tal como yo la entiendo. Cuando se enseña a los estudiantes de licenciatura se enseña, por lo general, a un nivel tan elemental que no estoy seguro de si realmente esa enseñanza añade mucho a su educación. Tengo dudas sobre la importancia para la cultura jurídica de una buena base de teoría del Derecho.

Permítame dirigirme ahora a la primera parte de su pregunta, esto es, a la relación entre las normas jurídicas y las normas no jurídicas de un sistema político. Yo encuentro este problema muy confuso. Quizá es confuso porque no hay muchos teóricos que le hayan prestado una atención detallada. Algunos, como Kelsen y Hart, han propuesto respuestas, pero éstas se han adoptado sin demasiado examen de los casos problemáticos. Sospecho, sin embargo, que la dificultad no es meramente un resultado del relativo descuido de la cuestión. Es un resultado de la naturaleza del problema.

Al explicar la naturaleza del Derecho intentamos explicar la naturaleza de una institución social existente. Se trata, además, de una institución cuya existencia es reconocida por quienes viven dentro de su ámbito, y esa misma existencia depende de que sea reconocida así. De esta forma, la explicación del Derecho debe dar cuenta de la manera en que el Derecho es entendido por aquellos que están sujetos a él y por aquellos que reaccionan ante él, bien siendo guiados por él, bien tratando de eludirlo. Hasta el límite en que las fronteras de la institución son borrosas a los ojos de quienes viven dentro de su ámbito esas mismas fronteras deben ser también borrosas en la propia teoría. Este punto es de gran importancia. Naturalmente, no es nuevo. Es apoyado como un primer principio obvio por muchos teóricos, pero desafortunadamente es contradicho a menudo en la práctica por otros teóricos.

Se dice a veces que los teóricos deben articular una explicación que sea verdadera en lo referente a los contornos del concepto

explicado y que sea libre de desviarse de ellos en los casos de penumbra. Se dice que la explicación puede ser así porque debe responder a una finalidad teórica cuyo centro de interés es más nítido que aquél al que responde el concepto ordinario y ayudar a proporcionar una comprensión mejor del mundo, por ejemplo, contribuyendo a la formulación de una teoría más poderosa. En la medida en que tales tesis son susceptibles de una interpretación inocente son ordinariamente síntoma de una concepción equivocada del papel de la filosofía jurídica. La intención principal de ésta es poner en claro la manera en que el Derecho es concebido por quienes están sujetos a él, hasta el punto en que esto es una investigación conceptual, más que empírica. En otras palabras, la filosofía jurídica pretende explicar el concepto de Derecho *de quienes están sujetos a él*. Si ese concepto de Derecho es vago, entonces la filosofía jurídica debe proporcionar una explicación que muestre que tal concepto es vago. Lejos de ser una virtud, dar una explicación que transforme un concepto vago en un concepto preciso es un vicio filosófico. Dado que la finalidad es representar el concepto de Derecho tal como es entendido por quienes tienen tal concepto, si éste es vago su explicación debe mostrar que es vago.

Esta tarea puede ser imposible de realizar. El teórico no puede preservar todas las ambigüedades y toda la borrosidad de límites del concepto, sin que se vean afectados por su intervención, en una medida mayor de la que un traductor de un poema puede preservar todas las resonancias e implicaciones de una línea poética en su equilibrio original. Hay otro factor a considerar. El filósofo no es un antropólogo extranjero. El mismo es un miembro de una sociedad que está sujeta al Derecho. Su intento de comprender la naturaleza del Derecho es un intento de autocomprensión. Pero la autocomprensión no es una empresa neutral, imparcial. No se trata de que, en cuanto participante, el teórico sea más susceptible de sesgar su pensamiento que el antropólogo extranjero. Yo no creo que esto sea el caso. Se trata meramente de que la intrusión de su propia perspectiva afecta a su juicio de diversas maneras. El teórico participante es, sin embargo, también un participante interesado en el resultado de los debates acerca del Derecho, y acerca de su naturaleza en su sociedad. Su interés como participante no puede descartarse como ilegítimo. Naturalmente tal interés no debe distorsionar su juicio ni nublar su comprensión. Pero, y esto es el punto crucial, su propia perspectiva puede influir legítimamente en su planteamiento precisamente de la misma forma en que ocurre con cualquier otro participante.

Para apreciar este punto por completo debemos recordar que la vaguedad y las ambigüedades en el concepto de Derecho resultan en amplia medida de la persistencia de diversas perspectivas de comprensión del Derecho. Estas perspectivas pueden converger sobre aproximadamente los mismo fenómenos sociales pero diverger en sus percepciones de lo que hace a estos fenómenos especiales o importantes. Aquí el teórico, naturalmente, tomará partido. Su trabajo es mostrar cuál de las perspectivas es correcta, o si ninguna lo es por completo, generar una perspectiva que lo sea. En esto el teórico es fiel a la manera en que el Derecho es entendido, a la vez que toma partido en la disputa acerca de cómo debe entenderse. (Debo apresurarme a decir que esta toma de partido no tiene por qué ser una toma de partido en el terreno moral. Se trata de tomar partido en una argumentación acerca de lo que es importante, lo que usualmente no es un problema moral).

De esta forma la explicación teórica del Derecho puede hacer al concepto más o menos preciso de lo que es, puede proponer una demarcación estricta entre el Derecho y el resto del sistema político, pero esto puede ser, y es probable que sea, un subproducto de preocupaciones teóricas que tienen poco que ver con la cuestión de la frontera, y todo que ver con el problema de lo que es de importancia central para nuestra comprensión del Derecho.

Con esta larga introducción a nuestras espaldas, permítame ahora ser más bien breve acerca del problema sobre el que usted pregunta, esto es, sobre la diferencia entre el Derecho y el resto de nuestras normas políticas. Por razones que sería imposible desarrollar aquí, yo creo que uno de los rasgos más centrales del Derecho es que éste pretende autoridad (moral) sobre sus destinatarios. Por decirlo por completo, el Derecho es un sistema de autoridad de doble nivel. En el primer nivel consta sólo de las normas que han sido aceptadas o dictadas por las autoridades políticas del país. Pero, y éste es el segundo nivel, consta sólo de aquellas normas cuya aplicación se confía a las instituciones de aplicación del Derecho (a las que yo he llamado primarias). Los tribunales son naturalmente el ejemplo más obvio de tales instituciones, pero mi caracterización pretende ser más abstracta o general y se dirige a identificar aquellas instituciones cuyas acciones son *res judicata*, esto es, autoritativamente vinculantes sobre problemas de la aplicación de las normas dictadas por las instituciones productoras de Derecho (es decir, las autoridades de primer nivel) a casos particulares.

Esto, naturalmente, deja espacio para una posible divergencia entre los dos criterios. Algunos teóricos dirían que el Derecho

consta de todas las normas reconocidas por las instituciones aplicadoras, incluso aquellas que no emergen de las instituciones productoras de Derecho. Yo creo que el mejor criterio es que ambas condiciones han de satisfacerse (aunque esto se encuentra mitigado por el hecho de que las instituciones de aplicación del Derecho pueden ser también productoras de Derecho, como es el caso de los tribunales del *common law*). Sólo ambas condiciones tomadas conjuntamente dan cuenta del papel central de la autoridad en el Derecho. Se necesita la primera condición (que sólo las normas apoyadas por la autoridad son normas jurídicas) para dar cuenta del hecho de que el Derecho es autoritativo (esto es, de que pretende, a sus propios ojos, autoridad para sí mismo). Pero se necesita la segunda condición, que el Derecho consta de un sistema con autoridades para la aplicación de las normas a las situaciones concretas (y esto implica la existencia de procedimientos para la resolución de disputas sobre la base de normas preexistentes), para dar cuenta del especial papel de los tribunales y otras instituciones similares en el Derecho.

Esta es la manera como yo demarcaría las normas jurídicas de las normas meramente políticas. (Los criterios que he mencionado son meramente condiciones necesarias. No son suficientes para distinguir el Derecho de, digamos, las reglas de las asociaciones voluntarias. Pero dado que en amplia medida los criterios que se necesitan para ello son necesarios para distinguir las instituciones políticas de las no políticas ello no afecta a nuestra cuestión.) Puede decirse que las normas políticas son parte del Derecho si se encuentran apoyadas por las autoridades políticas y pueden ser aplicadas por las instituciones autoritativas de aplicación de normas. Como ve usted yo enfoco el problema desde el centro y no desde la periferia. Mi enfoque trata de identificar los rasgos centrales de todo Derecho. Estos rasgos definen el concepto de Derecho. Pero aunque ellos generan una respuesta a las preguntas sobre las fronteras de lo jurídico, esto es, la respuesta que acabo de articular, no se debe ser dogmático sobre esto. Países diferentes usan sus equivalentes al concepto teórico de Derecho que he articulado de una manera que resulta conforme a él en lo principal (o no serían sus equivalentes) pero que se desvía en algunos detalles (por ejemplo, admitiendo como parte del Derecho algunas normas que no pueden ser aplicadas por los tribunales). No hay nada malo en ello, y no hay necesidad de revisar sus conceptos aceptados ni tampoco la elucidación teórica que yo he propuesto. Debemos simplemente tener en cuenta tales desviaciones menores, que se presentarán con seguridad.

En su último libro, The Morality of Freedom, usted defiende un liberalismo «activo» o «intervencionista» sobre la base del cual los poderes públicos deben actuar para promover la libertad y el bienestar de la gente. Esta orientación general parece muy semejante a las versiones del liberalismo defendidas por otros filósofos actuales, tales como, por ejemplo, J. Rawls, R. Dworkin o N. MacCormick. ¿Cuáles son los rasgos más distintivos de su propia teoría política?

Permítame explicar primero el sentido en el que yo defiendo poderes públicos «intervencionistas». Yo creo que no hay ningún argumento general de moralidad que muestre que los poderes públicos no puedan ser nunca «intervencionistas» o que puedan serlo sólo en emergencias calamitosas. No se sigue de ello que los poderes públicos deban poner en práctica políticas intervencionistas. Esto depende de muchos factores contingentes que es probable que varíen de un caso a otro y de un período a otro. Un aspecto de gran parte de la filosofía política contemporánea es su ambición de resolver, basándose en sus propios recursos, cuestiones políticas concretas. Yo creo que la filosofía política puede decirnos relativamente poco sobre qué políticas adoptar. Esto, en amplísima medida, es un asunto de juicio concreto a la luz de circunstancias complejas. El logro de la solución correcta no es sólo un problema de aplicar consideraciones de filosofía moral y de filosofía política a las circunstancias de diferentes países. Lo que sea correcto o mejor depende, de diversas maneras, de las condiciones sociales, es decir, los principios que se aplican a una situación son ellos mismos una función de circunstancias contingentes. Una manera simple en la que esto es así es la siguiente: Las consideraciones abstractas universalmente válidas determinan muchos de los valores con arreglo a los que debemos vivir. Esto no significa que todas las diferentes maneras en que los valores pueden ser concentrados, las diferentes formas que pueden tomar sean igualmente buenas para nosotros. Esto significa que lo que es valioso para un país está en parte en función de las tradiciones y prácticas del país de que se trate. Pongamos un ejemplo simplificado. Toda sociedad debe alentar y fomentar la creatividad y la autoexpresión imaginativa. Pero si esto debe hacerse en las bellas artes o en la artesanía, si es que debe hacerse en alguna de ellas, es un asunto de las tradiciones de la particular sociedad de que se trate. Algunas artes o manifestaciones artesanas pueden congeniar mal con su espíritu y tradiciones y deben evitarse.

Así pues, ¿qué puede hacer la filosofía? Puede explicar los

límites de la racionalidad, la naturaleza de las preguntas por el valor y por la acción correcta, y las formas en que pueden y no pueden contestarse. Tiene una tarea terapéutica y clarificadora. Personalmente estoy particularmente interesado en la capacidad de ciertas ideas para hipnotizarnos con el pensamiento de que ninguna opinión alternativa puede articularse en absoluto. Una de tales opiniones es la opinión de que los derechos son esencialmente individualistas, y que están basados en consideraciones de respeto hacia nuestra humanidad, o algo parecido. Por ello traté de mostrar en mi trabajo de qué forma es también posible una posición opuesta. Hay, creo yo, espacio conceptual para una opinión que sostiene que los derechos no están fundamentados en el respeto hacia nuestra humanidad, y más en general que no hay derechos universales. Además es posible que los derechos estén fundamentados no en el interés del titular del derecho, sino en los intereses de otras personas, en el interés de la gente en sentido amplio. Estoy naturalmente explorando estas posibilidades conceptuales, que encuentro sugestivas e interesantes. Yo creo que los derechos civiles básicos, tales como la libertad de expresión, la libertad de religión y otros semejantes son mejor vistos como maneras de proteger no el interés individual, sino el interés público.

De esta forma, aunque *The Morality of Freedom* puede leerse como un esbozo de algunos elementos de filosofía moral y política puede también leerse, quizás más acertadamente, como una serie de discusiones de conceptos cruciales de nuestra cultura política: autoridad, libertad, bienestar, autonomía, coerción y otros, en los que las actitudes filosóficas, y algunas veces las actitudes generales, se han infectado de confusiones conceptuales, o permanecen cautivas de imágenes empobrecidas de otras posibilidades alternativas.

Usted ha defendido, en relación con la controversia entre Hart y Dworkin, una suerte de "posición intermedia". Usted está de acuerdo con Hart en su tesis de que el Derecho, en cualquier sistema jurídico, puede identificarse sin referencia a criterio o argumento moral alguno, pero piensa que los enunciados comprometidos de derechos y deberes jurídicos hechos por los jueces implican que éstos creen, o al menos pretenden creer, que hay una obligación moral de actuar conforme al Derecho. ¿Podría explicar cuáles son sus argumentos en favor de ambas tesis? Y más en general, ¿podría explicar cuáles son, en su opinión, las conclusiones más importantes que podemos extraer de la polémica entre Hart y Dworkin?

Aunque es verdad que estoy en desacuerdo tanto con Hart como con Dworkin sobre diversos problemas, no estoy seguro de que esos desacuerdos me habiliten a pretender que estoy en el medio. Las dos opiniones que usted ha mencionado son discutidas por Hart. Él no afirma que el Derecho pueda identificarse sin referencia a ningún criterio moral. Él piensa que la regla de reconocimiento de cada sistema jurídico puede identificarse así. Pero cree que la regla de reconocimiento puede determinar algún criterio moral como una base para la validez jurídica. Si la regla de reconocimiento determina, por ejemplo, que ciertas costumbres que no van contra el orden público son jurídicamente vinculantes entonces el Derecho ha de identificarse usando los criterios morales incorporados en la noción de orden público. Es verdad que los tribunales pueden dar a este término una interpretación puramente fáctica. Pero es más probable que lo lean como incorporando algún test moral. La opinión de que el Derecho puede identificarse sin recurrir a argumentos morales puede sugerir la siguiente manera de tratar este ejemplo: La regla de reconocimiento que hace que la validez de las costumbres dependa de consideraciones de orden público es naturalmente una regla jurídica, dado que puede identificarse sin recurrir a ningún argumento moral. Las costumbres de la clase especificada son ellas mismas jurídicamente válidas pero los tribunales tienen un deber de no tomar en consideración aquellos aspectos de las mismas que vayan contra el orden público.

La posición de Hart sobre este punto está apoyada hoy por muchos escritores. ¿Hay alguna razón para apoyar la tesis más fuerte, que usted me atribuye? Creo que hay razón para ir más allá de la posición de Hart. No estoy seguro de si hay razón suficiente para recorrer todo el camino hasta lo que he llamado tesis de las fuentes, es decir, que la identificación del Derecho es independiente de la moralidad.

Hay implicados tres niveles de argumentación. En primer lugar, la cultura jurídica del *common law* reconoce que los jueces no sólo aplican el Derecho, sino que tienen también discreción que les permite desarrollarlo de varias formas, esto es, que diferentes direcciones posibles de desarrollo del Derecho son consistentes con su situación actual. Gran parte de esto está contenido en las propias nociones de «Derecho hecho por el juez», «precedente» y «*common law*». La divisoria entre aplicar Derecho existente y desarrollarlo más allá de su alcance actual parece tener mucho que ver con la distinción entre usar consideraciones no morales (para identificar el Derecho existente) y usar consideraciones morales para desarrollarlo. Esta consideración da algún

apoyo a la tesis de las fuentes. Pero no es suficiente para fundamentarla, pues hay otras maneras de articular la base de la distinción. La cultura del *common law* no es lo suficientemente precisa como para determinar la solución del problema.

En el segundo nivel hay un argumento más preciso, que es, sin embargo, de alcance limitado. Puede ejemplificarse atendiendo al caso de una ley que determine el porcentaje de tributación sobre la renta. Supongamos que esta ley pretende establecer la proporción justa de aportaciones a los servicios públicos. ¿Por qué necesitamos una ley tal? ¿Por qué no deberíamos requerir simplemente de cada individuo que aporte tanto cuanto deba moralmente aportar, dados sus ingresos y sus circunstancias personales? Presumiblemente la necesidad (o la presunta necesidad) de la ley es un resultado de una pluralidad de factores que hacen deseable tener una determinación pública de la (presunta) proporción justa de aportación por medio de una fórmula que se aplique a todos. Entre estos factores están los siguientes: (1) La determinación de la proporción justa de aportación depende del nivel de necesidad pública de servicios comunes, de la riqueza relativa de la población en su conjunto, de la existencia de otras fuentes de financiación de los servicios públicos, etc., que están más allá de la capacidad de la gente corriente para formarse un juicio informado sobre ellas. La mejor manera de determinar la proporción justa de aportación es emplear a economistas y otros profesionales que investiguen el asunto y determinen la proporción justa en nombre de todos. (2) Si estos profesionales son democráticamente responsables pueden estar menos sesgados que los individuos, que están inevitablemente tentados por sesgos personales, que es de esperar se cancelen recíprocamente en el proceso de adopción de decisiones públicas. (3) El porcentaje de aportación de cada individuo depende de la recaudación efectiva de aportaciones de los demás. Es injusto recaudar aportaciones de alguien con arreglo a una cierta proporción si otros no pagan en absoluto o pagan con arreglo a una proporción significativamente diferente. Incluso si la proporción públicamente determinada se desvía de la que de otra forma sería la proporción justa, aquélla es la proporción justa al ser la más cercana aproximación a ésta que se encuentra asegurada por mecanismos efectivos para hacerla cumplir.

Si examinamos esta argumentación en favor de la autoridad del parlamento para imponer impuestos sobre la renta personal llegamos a darnos cuenta de que todo ello opera, en el terreno moral, en favor de que la proporción sea determinada centralmente por una autoridad, mejor que individualmente por cada

contribuyente por su cuenta. Esto significa que la identificación del contenido de la ley debe encontrarse libre de las consideraciones morales que deben haber determinado su contenido. Estas consideraciones deben haber guiado al parlamento. Pero el propio argumento en favor de la autoridad del parlamento depende del juicio de que la decisión del parlamento sobre estos problemas debe prevalecer sobre el juicio de los individuos sobre la justicia del caso. La determinación del contenido de la ley debe ser, por consiguiente, un asunto de hecho, esto es, lo que decidió el parlamento. Cualquier otra forma de determinar el contenido de la ley, especialmente cualquier determinación que invoque consideraciones acerca de cuál es realmente la proporción justa frustra el propósito de confiar el asunto al parlamento.

Este argumento debe ser entendido correctamente. No implica que los tribunales no deban usar argumentos morales al decidir casos de Derecho tributario. Es un argumento teórico, no un argumento moral. Marca la línea divisoria entre aplicar la ley dictada por el parlamento e interpretarla de una forma que la desarrolle más allá de lo que ha sido establecido por el parlamento. De esta forma, la conclusión a la que se dirige este argumento es la siguiente: (a) El contenido de las leyes y otras normas jurídicas dictadas por una autoridad ha de determinarse de formas que no invoquen argumentos morales. (Aunque pueden descansar sobre las creencias morales del parlamento o de otros. Por ejemplo: el parlamento actual cree en la moralidad socialista, la cual es por consiguiente la base de las leyes, y ello nos ayuda a entenderlas). (b) Los tribunales no son meramente instituciones de aplicación del Derecho. Son también autoridades para decidir aspectos morales de problemas no decididos por la legislación.

Esta segunda conclusión no puede derivarse sólo del argumento anterior. Depende del tercer nivel del argumento que trata de establecer que el Derecho en general, y no sólo el Derecho legislado, es autoritativo (esto es, pretende autoridad, como expliqué en respuesta a una pregunta anterior). Se necesita este estadio del argumento para mostrar que las leyes y precedentes (y la costumbre y otras fuentes normales del Derecho) agotan el Derecho. He avanzado aquí la concepción del Derecho como una doble estructura de autoridad que discutimos antes. Sus méritos están en su capacidad para capturar los rasgos esenciales atribuidos al Derecho en nuestras culturas jurídicas. Me parece una manera plausible de esbozar la distinción entre lo que puedo hacer porque es lo correcto que debo hacer, y lo que no puedo hacer, aunque por lo demás sería correcto, porque lo prohíbe el

Derecho. Los detalles de este argumento son, sin embargo, demasiado complejos como para adentrarnos en ellos aquí.

Permítame volver a la segunda tesis que usted correctamente dice que yo defiendo, esto es, que los tribunales creen o al menos pretenden creer que hay una obligación de obedecer al Derecho. Si el Derecho se adecua a la tesis de las fuentes, entonces decir que hay una obligación de obedecer al Derecho es lo mismo que decir que el órgano productor de Derecho tiene autoridad (moralmente legítima) para producir Derecho. De esta forma, la tesis equivale a decir que el Derecho pretende autoridad. Esta formulación explica también la cualificación de que los jueces creen o «pretenden creer». Esta tesis es acerca de lo que el Derecho pretende, esto es, acerca de lo que los tribunales, entre otras instituciones, dicen sobre el Derecho. Es ésta una tesis acerca de lo que los jueces dicen cuando actúan como tales. Normalmente se supondría que actúan de buena fe, y eso incluye que creen lo que dicen en tanto que jueces. Pero no hay una razón lógica para suponer que siempre sea así. Esto es, naturalmente, un punto de importancia menor. La tesis crucial es que el Derecho pretende autoridad moral. Esta me parece que es la única opinión consistente con el hecho de que el Derecho no es (a los ojos de las instituciones jurídicas) solamente fuerza organizada. El Derecho no ha de confundirse con reglas de pandillas de gansters. La diferencia está en la pretensión de autoridad moral que acompaña a todas las exigencias jurídicas.

A este respecto usted puede decir con verdad que mi opinión es un camino medio entre Hart que niega que el Derecho pretenda autoridad moral, y Dworkin, quien insiste en que el Derecho no sólo pretende tal autoridad, sino que realmente la tiene en todos los regímenes excepto en los más extremadamente bárbaros. Yo encuentro esto imposible de aceptar. Me sitúo junto a aquellos que han tratado de mostrar que los argumentos tradicionales en favor de la autoridad del Derecho no logran fundamentar tal conclusión. Pero la teoría de Dworkin no puede sostenerse sin comprometerse con la moralidad del Derecho. Para apoyar esta conclusión él desarrolla una teoría de la personalidad moral del Estado, el cual tiene, en su opinión, deberes e intereses morales independientes de los intereses de las personas reales. Yo encuentro esta opinión difícil de entender y vagamente aterradora. No soy un reductivista. Naturalmente, enunciados acerca de los intereses del Estado no pueden reducirse o traducirse a enunciados acerca de los intereses de individuos. Pero creo que no hay forma de justificar la pretensión de que algo vaya en interés del Estado excepto sobre la base de que vaya, o

sea probable que vaya, en interés de las personas reales. Me desconcierta, por consiguiente, la opinión de Dworkin acerca de la personalidad separada e independiente del Estado, con sus intereses morales propios. Esto implica, en la teoría de Dworkin, que los intereses de las personas pueden tener que sacrificarse al interés del Estado, aunque el servir a los intereses del Estado de esta forma no beneficie a las personas. Si esto es así, entonces no es difícil ver cómo puede haber un deber moral incondicional de obedecer al Derecho. Con seguridad que va en interés del Estado el ser obedecido. En mi opinión, una vez que se admite que el interés del Estado se alce sin conexión con los intereses individuales, el interés del Estado llega a ser solamente una metáfora desbocada. Si se toma en serio, sin embargo, el resto de la teoría de Dworkin merece una seria consideración.



DOXA-9 (1991)
