

**Sistema Bibliotecario de la Suprema Corte de Justicia de la Nación
Catalogación**

PO
B120
S367e

Santoro, Emilio

Estado de derecho, interpretación y jurisprudencia / [obra a cargo del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial ; traducción Reinga Nera Monte, revisión de traducción José Daniel Cesano ; presentación Ministro en retiro Juan Díaz Romero ; estudio introductorio José Ramón Narváez H.]. -- México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2010.

xvi, 136 ; 24 cm. — (Serie Estudios Jurisprudenciales ; 1)

Título original: Stato di diritto e interpretazione. Per una concezione giusrealista e antiformalista dello stato di diritto

ISBN: 978-607-468-212-0

1. Estado de Derecho 2. Interpretación jurídica 3. Jurisprudencia 4. Positivismo jurídico 5. Decisiones judiciales 6. Juzgadores 7. Intérpretes jurídicos 8. Práctica judicial 9. Certeza jurídica 10. Realismo jurídico I. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial II. Nera Monte, Reinga, tr. III. Cesano, José Daniel, tr. IV. Díaz Romero, Juan, 1930- , pról. V. Narváez Hernández, José Ramón, pról. VI. t. VII. Ser.

La imagen que aparece en portada corresponde a *La Justicia y el Juicio de Salomón*, segunda mitad del siglo XVI, de Hendrik Goltzius.

Primera edición: junio de 2010

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Delegación Cuauhtémoc
C.P. 06065, México, D.F.

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio, sin autorización escrita de los titulares de los derechos.

Título original: *Stato di diritto e interpretazione. Per una concezione giusrealista e antiformalista dello Stato di diritto*

Traducción: Reinga Nera Monte
Revisión de traducción: José Daniel Cesano

Impreso en México
Printed in Mexico

Esta obra estuvo a cargo del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial.

La edición y diseño estuvieron al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

ESTADO DE DERECHO,
INTERPRETACIÓN Y
JURISPRUDENCIA*

Emilio Santoro**

SERIE ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES **1**

* Existe versión en español publicada en *Ley, Razón y Justicia*, Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales, No. 10, Año 7, 2006, Argentina, con el título “Estado de derecho e interpretación. Para una concepción jusrealista y antiformalista del Estado de Derecho”.

** Profesor asociado de Filosofía y Sociología del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Florencia, es profesor “colaborador” del Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas de la Universidad Federal de Paraíba – João Pessoa – PB – Brasil. Fundador y director de *L’altro diritto centro di documentazione su carcere, devianza e marginalità* (El otro derecho. Centro de documentación sobre la cárcel, delincuencia y marginalidad). Es miembro de los comités científicos de la Fundación Michelucci (Florencia) y de las siguientes revistas: *Rassegna Penitenziaria e Criminologia*, *Ley, Razón y Justicia*, *Studi sulla questione criminale*, *Etnografia e ricerca qualitativa*, *Journal of International Political Anthropology*. Entre sus publicaciones figuran los libros: *Autonomy, Freedom and Rights. A Critique of Liberal Subjectivity*, Dordrecht, Kluwer, 2003; *Estado de Direito e Interpretação. Por uma concepção jusrealista e antiformalista do Estado de Direito*, Porto Alegre, Editoria Libreria do Advogado, 2005, y *Cárcel y sociedad liberal*, Bogotá, Temis, 2008.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia
Presidente

Primera Sala

Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo
Presidente

Ministro José Ramón Cossío Díaz
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas
Ministro Juan N. Silva Meza
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Segunda Sala

Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano
Presidente

Ministro Luis María Aguilar Morales
Ministro José Fernando Franco González Salas
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos
Ministro Sergio A. Valls Hernández

Comité de Publicaciones, Comunicación Social, Difusión y Relaciones Institucionales

Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia
Ministro Sergio A. Valls Hernández
Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea

Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial

Ministro en Retiro Juan Díaz Romero
Director General

Contenido

Presentación.....	IX
Estudio introductorio	XI
1. El problema del Estado de derecho.....	1
2. El desafío de la disciplina	7
3. El desafío de la incertidumbre.....	13
4. Los presupuestos antropológicos del formalismo normativista.....	21
5. Las respuestas al desafío de la incertidumbre	27
6. Derecho como práctica <i>versus</i> derecho como decisión.....	35
7. La comunidad de los intérpretes.....	53
8. Certeza del derecho y <i>rule of law</i>	73
9. Del “Estado de la ley” al “Estado de los derechos”	89
10. Conclusión: la actualidad de la concepción iusrealista del Estado de derecho	107
Bibliografía	125

Presentación

Esta nueva Serie tiene el propósito de constituirse en atalaya de observación sobre tópicos de jurisprudencia, materia con una temática vasta e interesante y, al mismo tiempo, poco advertida por los estudiosos del derecho.

Se inaugura esta Serie con un estudio del profesor de la Universidad de Florencia Emilio Santoro, que trata sobre el Estado de derecho y la interpretación jurídica, básicamente por el quehacer de los jueces, cuya tarea no sólo constituye la ejecución de la voluntad del legislador, sino la culminación de la soberanía popular. La investigación del profesor Santoro abre la posibilidad a un diálogo más extenso y propone a los estudiosos la búsqueda y análisis de los diferentes matices del tema.

La idea de la Serie surgió durante el Primer Seminario de Interpretación Judicial que este Instituto ofreció en el 2008, ya que este tema atrajo la atención de todos, por lo que se pensó en realizar una sucesión de publicaciones al respecto; en el inter, tuvimos contacto con el profesor Santoro que de inmediato se mostró dispuesto a cooperar, de modo que la aportación que ahora presentamos en este volumen, abre con elegancia un desfile que esperamos sea de interés para el jurista.

Consideramos pertinente la publicación de este interesante estudio en esta colección, porque después de su lectura termina uno convencido que en gran medida el Estado de derecho, al que aspiramos en nuestras sociedades democráticas, es un Estado que necesita preocuparse y ocuparse de la calidad de las decisiones de sus jueces, es decir, de la institución jurisprudencial.

El Instituto espera que este nuevo espacio se convierta en un punto de convergencia entre el mundo académico y la práctica judicial; que pueda servir para propiciar el diálogo y la reflexión que lleven necesariamente a una mejora del trabajo del juez y por ende a una sociedad más justa.

Ministro en Retiro Juan Díaz Romero
*Director del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales
y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial*

Estudio introductorio

El Estado de derecho se presenta como una categoría conceptual aglutinante de la política y el derecho; la propia historia del Estado puede ser presentada como la historia de la “juridización” del poder. De este modo, el concepto jurídico–político decimonónico hasta antes de los totalitarismos, como reformulación del *rule of law*, se presenta como un “salvamento” frente al posible exceso de poder, pero también como una fórmula para lograr, con resultados más o menos favorables, mayor espacio para el ejercicio de las libertades. Así, el intérprete del Estado de derecho, en sus distintas etapas, tiene fundamentalmente esas dos tareas a las que nos referíamos arriba: limitar el poder y crear el espacio para el ejercicio de los derechos, a veces una más que otra, a veces con más o menos fortuna; lo interesante es que aunque puede hablarse en términos neutros del Estado de derecho, lo cierto es que en la práctica es fundamental la postura ideológica o política.

Todo esto viene a aterrizar en el intérprete que es por antonomasia el juez, quien con el modelo legicentrista intentó “remover la incertidumbre”, como lo expresa Santoro, pero no logró más que generar una ficción que nos dejó tran-

quilos por un tiempo, por lo que tuvieron que surgir otros planteamientos a lo largo del siglo XX que agregaran al axioma normativista (logicista) otros parámetros para la toma de decisiones.

Curiosamente, para algunos, el axioma legalista lleva a negar el Estado de derecho, pues consideran que si el juez pudiera “crear derecho” a partir de su interpretación, implicaría negar el Estado de derecho junto con los valores expresados por éste, como el de la seguridad jurídica. Así que en este sentido, el Estado de derecho negaría la posibilidad de interpretación del juez.

Con la interpretación despiertan viejos temores exegéticos: la discrecionalidad, la creatividad del intérprete y, en fin, el manejo judicial del derecho.

Las corrientes antiformalistas, muchas de ellas emparentadas con el realismo, profundizan sobre la actividad judicial; entonces parece que el juez comienza a tener un papel más representativo, pero del mismo modo hay que conciliar esta nueva dimensión estatal con el Estado de derecho. Para algunos el *Rule of law* cumplió esta función.

Lo cierto es que al final las corrientes hermenéuticas del siglo XIX y XX no lograron superar la incertidumbre que quedó cifrada en la interpretación judicial, es decir, por diferentes caminos se llegó al mismo punto, y es que el juez tiene siempre la última palabra; sin embargo, ¿cómo hacer para que su interpretación esté libre de subjetivismos?

Podríamos dividir las posturas respecto de la interpretación judicial, colocándolas entre dos extremos, el primero de ellos lo representa el sistema, la idea más bien europea de que el juzgador debe ajustarse a “un edificio conceptual” que lo precede y en el que deberá encontrar la respuesta; el otro extremo está representado por la prudente discrecionalidad del juez y la soledad de su decisión.

La idea de Santoro es demostrar que si bien el Estado de derecho se fortalece en la medida en que se acepta el “desafío de la incertidumbre”, tal aceptación y el modo de hacerlo no siempre es coincidente en los sistemas jurídicos, incluso, no se podría hablar de un sistema ideal, pues parece que todo dependería más bien de los contextos específicos.

Por lo anterior parecería necesario contextualizar el estudio que ahora presentamos para inaugurar esta nueva Serie Estudios Jurisprudenciales, la cual pretende ofrecer al lector el trabajo de destacados académicos con una trayectoria importante en el tema. Reflexiones que entran en el marco de sus investigaciones y debates.

El trabajo de Santoro representa un importante reto epistemológico, porque sin duda el Estado de derecho en América Latina tiene características *sui generis*, incluso la propia forma estatal es muy peculiar, ya que ha generado una serie de particularidades en nuestra concepción de la teoría del Estado, porque a la luz de las teorías europeas no se explican realidades nacionales en las que conviven experiencias de antiguo régimen, indígenas, ilustradas, etcétera. Los tiempos en las Américas han debido acortarse y eso ha originado que varias formas estatales convivan bajo el mismo techo. Todavía hoy puede escucharse a algunos constitucionalistas latinoamericanos hablar del Estado de derecho como Estado de leyes y al mismo tiempo suscribir posturas neoconstitucionalistas y negar el legalismo.

Parecería que en teoría efectivamente participamos de las transformaciones que menciona Emilio Santoro; empero, la práctica judicial recibió influencias del *common law* norteamericano (que es también una forma de trasplante), que fueron adaptándose a las realidades nacionales; tal vez el ejemplo más cercano de esto sea el juicio de amparo. Insistimos, teorías y prácticas de épocas y contextos diversos podían amalgamarse en un periodo específico, en algún país latinoamericano, y lo más sorprendente, podían llegar a darle estabilidad política; un caso emblemático es el de Brasil, que llegó a combinar la monarquía con una Constitución liberal, el caso uruguayo, donde sólo hubo una Constitución escrita durante todo el siglo XIX

y casi dos décadas del XX, bajo la cual operaron dictaduras e incluso se dieron golpes de Estado. Y muchos ejemplos más, que muestran la peculiaridad del Estado latinoamericano, en el cual está todo por estudiarse.

Los historiadores del derecho latinoamericanos solían decir, en las lecciones universitarias, que en el siglo XIX, en nuestros países latinoamericanos, el juez interpretaba literalmente y que nuestro sistema era legalista, siguiendo un poco las descripciones de los historiadores europeos; sin embargo, esta descripción no casaba con la práctica judicial que se lee en los archivos judiciales, donde aparece que los jueces comenzaron a referirse a la ley, en el sentido europeo relacionado con la codificación, sólo hasta finales del siglo XIX, y aun haciéndolo todavía se citaba el derecho castellano y se decidía con fundamento en él. A estos elementos se suma la convicción de que la Constitución es una norma y no es raro observar, en Colombia como en México, que el juez funde su sentencia directamente en la Constitución, cuestión que no sucedió en Europa sino hasta el siglo XX.

En fin, la lectura de Santoro debe hacerse siempre teniendo en consideración esa sana dialéctica que produce la realidad estatal; obviamente, en el plano de la teoría constitucional e incluso de la teoría política, muchas de las ideas señaladas por el profesor italiano van a tener resonancia en nuestros teóricos y aún la tienen hoy, y este es justamente el valor de este estudio, porque esta migración de ideas permite la construcción de lo que Santoro llama “comunidad de intérpretes” que comienza a legitimar cierto tipo de interpretaciones o líneas de interpretación, bajo el mecanismo del argumento de autoridad, y muy cercano al mecanismo jurisprudencial, los sistemas jurídicos occidentales van originando oleadas de interpretación, lenguajes específicos, clonaciones jurisprudenciales, etcétera, que van de algún modo haciendo cuentas con la incertidumbre. Parece entonces necesario el siguiente paso, un análisis del impacto político y social de tales adopciones y adaptaciones; al final, esa experiencia también debería aprovechar, digamos que conocemos los modelos y sus migraciones pero está todo por estudiarse respecto de las adaptaciones.

Una lectura incentivadora, ya que hoy buscamos mayor certidumbre, lo cual era justamente el objetivo central del Estado de derecho y la interpretación ligada a él; encontramos que tal vez el camino sea replantear y poner más atención al trabajo judicial e incluso nos atreveríamos a decir que la jurisprudencia constituye un elemento de certidumbre invaluable que debería ser reconsiderado, aunque a nivel internacional y de derechos humanos esto es más claro, tal vez porque ahí no hay que lidiar con la soberanía como fuerza absoluta, exclusiva y excluyente, base del Estado de derecho decimonónico que no pudo gestionar la diversidad.

José Ramón Narváez H.
Coordinador de la Serie

1. El problema del Estado de derecho¹

El núcleo esencial de la teoría del Estado de derecho es la tesis según la cual existe un círculo virtuoso entre soberanía del Estado, ley (general) y libertad. Esta tesis se consolida al mismo tiempo que el principio de la soberanía popular. El eje alrededor del cual gira este círculo virtuoso es, según el caso, la idea lockeana de que los límites impuestos por la ley a la libertad individual son límites queridos por el yo racional del sujeto cuya libertad resulta limitada,² o bien la idea rousseauiana de la voluntad general, según la cual el cuerpo colectivo no pretende nunca, por definición, dañar la libertad de uno de sus miembros. Esta ideología “democrática” se combina con la aristocrática, sostenida por Montesquieu, del juez “Boca de la ley”, del Poder Judicial como poder “nulo”.³ Las dos ideologías se refuerzan recíprocamente y dan origen a un

¹ Agradezco a Danilo Zolo, Raffaella Tucci, Pietro Costa, Eugenio Rippepe, Stefano Pietropaoli, Lucia Re, Paolo Cappellini, Monia Coralli y Brunella Casalini, por haber leído una versión anterior de este ensayo y por sus valiosas sugerencias y comentarios.

² Sobre este punto me permito remitir a mi *Autonomia individuale, libertà e diritti. Una critica dell'antropologia liberale*, ETS, Pisa, 1999, en especial pp. 226–86.

³ Montesquieu, en el libro XI, cap. III, del *Esprit des Lois* afirma, como se sabe, que el Poder Judicial es “en un cierto sentido nulo” (en quelque facon nul).

tipo ideal de organización constitucional “legicéntrico”, que podría definirse como rousseauniano–montesquieano. El eje de este modelo es el rol del Parlamento, considerado el órgano soberano por su conexión con el cuerpo electoral; se atribuye a los jueces la tarea de aplicar la ley de modo que sean los fieles ejecutores de la voluntad del cuerpo legislativo (y por tanto, en última instancia, del pueblo). El Poder Judicial es esencialmente un instrumento para garantizar la ejecución de la voluntad del Parlamento.

El paradigma rousseauniano–montesquieano, consolidado en Francia con la Revolución, se difundió en la Europa continental en el curso del siglo XIX y terminó dominando la escena europea durante dos siglos. A pesar de semejante éxito, la disolución progresiva de la doctrina contractualista ha vuelto más dudoso el fundamento de esta teoría constitucional. Ya desde finales del siglo XVIII fue muy controvertida la idea de que el legislador está orientado, por su propia formación, a garantizar la libertad de los individuos. Resultó más claro que el orden capaz de garantizar la libertad se confía, en última instancia, al mismo soberano que puede avasallarlo. Como subraya Pietro Costa,⁴ una gran parte del liberalismo del siglo XIX se encuentra atravesado por el malestar que se origina en la toma de conciencia de la fragilidad de la protección de los derechos fundamentales que ofrece el paradigma legicéntrico.

A partir de Lorenz von Stein y Otto Bähr, la teoría jurídica alemana intentó poner freno al Leviatán estatal, alrededor de la mitad del siglo XIX, transformando la teoría montesquieana de la división de los poderes en una teoría de las distintas funciones del Estado: administrativa, jurisdiccional y legislativa. El Estado–administrador quedó así sujeto tanto a las reglas del Estado–legislador como a los veredictos del Estado–juez, al que ya la doctrina iluminista había vuelto independiente del Poder del Ejecutivo y sujetado exclusivamente a la ley. A partir

⁴ COSTA, P., “Lo Stato di diritto: una introduzione storica”, en COSTA, P. y ZOLO, D. (coords.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, crítica*, Feltrinelli, Miláno, 2002.

de la segunda mitad del siglo XIX el Estado de derecho es el Estado en que rige el principio de legalidad, no sólo para la actividad jurisdiccional (*nullum crimen sine lege e nulla poena sine lege*), como lo sostuviera el Iluminismo del siglo XVIII, sino también para la actividad administrativa. Pero, en cuanto se refiere al Estado-legislador, tampoco la escuela jurídica alemana encontró solución alguna. Se limitó a confiar su control a factores extra-jurídicos, como la opinión pública, el grado de evolución cívica del pueblo, la historia de la nación. Debieron recurrir a estas fórmulas también las teorías del Estado de derecho más refinadas, como la teoría de la autolimitación del Estado de Rudolf von Ihering y la teoría de los derechos públicos subjetivos de Georg Jellinek.

El nudo de la relación entre poder (legislativo) y derecho es resuelto recién a comienzos del siglo XX por Hans Kelsen. Por un lado, el jurista austriaco identificó al Estado con el ordenamiento jurídico, vaciándolo de toda connotación voluntarista. Por otro lado, a partir de la definición de la teoría jerárquica del ordenamiento jurídico, concibió la relación entre Constitución y ley como una relación normal entre dos normas de distinto grado y, por tanto —al igual que toda relación de este tipo— evaluable desde un punto de vista jurídico. En este cuadro el Parlamento no es ya un órgano soberano sino un órgano obligado a actuar sobre la base de normas constitucionales precisas, que definen su competencia y las modalidades de procedimiento que debe seguir. El exacto cumplimiento de estas normas, y por tanto la corrección formal y sustancial de las leyes, puede ser controlado por una Corte judicial.⁵ Para Kelsen, frenar el poder del Leviatán

⁵ La primera Corte constitucional a la que fue atribuido este poder está prevista por la Constitución austríaca de 1920 (en los arts. 137–148). Fue Kelsen quien elaboró, a pedido del Gobierno, el proyecto de la Corte y él mismo fue, por muchos años, miembro de ella y su relator permanente. Para las tesis de Kelsen sobre el juicio de constitucionalidad de las leyes, véanse especialmente los ensayos ahora reunidos en KELSEN, H., *La giustizia costituzionale*, tr. it. Giuffré, Milano, 1981, en particular el ensayo de 1928, “La garantie jurisdictionelle de la Constitution” (*Revue du droit public et de la science politique*, 35, tr. it. cit., pp. 143–206). Sobre la contribución de Kelsen a la consolidación del paradigma constitucional ver BONGIOVANNI, G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H Kelsen e la costituzione austriaca del 1920*, Giuffré, Milano, 1998.

estatal significa, conforme con una ideología consolidada en el Iluminismo, someterlo al control de los jueces. Más precisamente, el papel de contención es confiado a un Poder Judicial considerado —una vez más— à la Montesquieu, como “poder nulo”, es decir, es atribuido a un cuerpo judicial que debe actuar como “boca de la Constitución”. En otras palabras, La Stufenbauthetheorie kelseniana, al fijar la relación jerárquica entre Constitución y ley, demolió el dogma del siglo XIX sobre la soberanía del Parlamento y, al someterlo a vínculos jurídicos, volvió jurisdiccionalmente controlable al Poder Legislativo, sin modificar en su conjunto el cuadro positivista y formalista del paradigma Rousseau–Montesquieu.⁶

La trayectoria continental del Estado de derecho puede considerarse, entonces, como un grandioso intento de “juridizar” al poder. La culminación de esta vicisitud es, sin duda, la teoría kelseniana del derecho, que abre el camino a una ingeniería constitucional capaz de someter también el Poder Legislativo al control judicial. Acentuando los aspectos sustanciales más que los formales, la vicisitud del Estado de derecho puede leerse como el intento por hacer convivir la esfera del

⁶ Sobre la contradicción entre constitucionalismo y formalismo de Kelsen, véase FERRAJOLI, L., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Laterza, Roma–Bari, 1999, pp. 92–113. Luigi Ferrajoli (“Lo Stato de diritto tra passato e futuro”, en COSTA, P. y ZOLO, D. (coords.), *Lo Stato...*, op. cit.) recientemente ha vuelto a subrayar que Kelsen, fiel a su dogma del carácter “puro” y no evaluativo de la teoría del derecho, fue un convencido sostenedor, un poco contradictoriamente, de la tesis “paleo–iuspositivista” de la equivalencia entre validez y existencia de las normas, la que precluye la calificación de inválidas de las normas sustancialmente en contraste con la constitución. Véase KELSEN, H., *General theory of law and State*, University Press, Cambridge, 1945, tr. it. Edizioni di Comunità, Milano, 1959, p. 118, donde se lee que las normas “permanecen válidas hasta que no sean invalidadas en la forma determinada por el ordenamiento jurídico mismo”. Algunas páginas después (tr. it. p. 158), Kelsen sostiene que “la afirmación habitual de que una ‘ley inconstitucional’ es inválida (nula) es una proposición privada de significado, porque una ley inválida no es en absoluto una ley”. Las mismas tesis se repiten en *Reine Rechtslehre*, Deutucke, Wien, 1934, tr. it. Einaudi, Torino, 1966, pp. 302 y 305: “una ley no válida no es en absoluto una ley, ya que jurídicamente no existe y, por tanto, no es posible ninguna aserción jurídica al respecto”; “las denominadas leyes ‘inconstitucionales’ son leyes constitucionales, pero anulables con un especial procedimiento”. Ver también los ensayos reunidos en KELSEN, H., *La giustizia costituzionale*, op. cit., pp. 166–167 y 300, donde, para superar la antinomia, la anulación de la ley inconstitucional es asimilada a la abrogación: esto consistiría en “quitarle validez”, también “con efecto retroactivo”.

poder soberano con la esfera jurídica de las libertades individuales, sustraída a ese poder. Durante el siglo XIX esta tarea parecía imposible. La teoría kelseniana, en cambio, ofreció el camino para la solución del problema en el plano formal, eliminando el dogma de la soberanía del órgano legislativo. Sobre su huella, las Constituciones posbélicas se empeñaron en garantizar la tutela no solamente de los derechos de libertad, sino también de los derechos sociales. Pero el formalismo kelseniano apareció muy pronto como una solución insatisfactoria en el plano sustancial. La expansión progresiva del intervencionismo estatal, a partir de los años setenta, puso nuevamente en riesgo la esfera de la libertad individual frente a la amenaza del Leviatán.

Las Constituciones posbélicas de los principales países de Europa occidental han establecido la institucionalización definitiva tanto de los derechos sociales como —siguiendo a Kelsen— del mecanismo del judicial review. La noción de “Estado de derecho” parecía, por tanto, completamente reabsorbida por la de “Estado Constitucional” y, especialmente, de Estado Constitucional caracterizado por un órgano jurisdiccional con el poder de evaluar la legitimidad constitucional de la legislación.⁷ Si esta “reabsorción” no se ha consolidado, si la noción de “Estado de derecho” ha reconquistado una vitalidad autónoma también dentro de los ordenamientos constitucionales, es porque el modelo kelseniano se demostró incapaz de vencer los desafíos que debió afrontar: en el plano político, el desafío de la “disciplina”; en el plano jurídico, el desafío de la “incertidumbre”. En las siguientes páginas, examinaré brevemente, en el aspecto teórico-político, el desafío de la “disciplina”, para examinar luego el plano del discurso jurídico y el desafío de la “incertidumbre”.

⁷ FERRAJOLI, L., “Lo Stato di diritto...”, op. cit. Para la reproposición de esta tesis en una perspectiva hermenéutica, ver VIOLA, F. y ZACCARIA, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 460-1.

2. El desafío de la disciplina

En los últimos decenios del siglo pasado el “Estado de derecho” se transformó poco a poco en una fórmula mágica, con la cual se intenta disminuir la tensión entre la lógica liberal de los derechos civiles y políticos, y la lógica “biopolítica” subyacente a los derechos sociales,⁸ que parece haber alcanzado ya niveles insostenibles. Esta tensión se evidenció, en las sociedades occidentales, a partir de los años ochenta, por el fuerte aumento en la demanda de servicios públicos y por la simultánea oposición al desarrollo de los derechos sociales, en nombre de los derechos civiles. Sería un error cerrar el análisis de esta oposición considerándola sólo una defensa miope del derecho de propiedad y de posiciones de privilegio, aun cuando este aspecto no deba descuidarse. En efecto, si la polémica contra los derechos sociales puede considerarse como la expresión de intereses cristalizados en torno a la figura del propietario privado y, por tanto, funcional al mercado, ella se inspira en el ideal normativo de la libertad individual que se encuentra en la base de la cultura liberal. Estas oposiciones, entonces, deben verse

⁸ Para esta contraposición, me permito remitir a mi “Le antinomie della cittadinanza: libertà negativa, diritti sociali e autonomia individuale” en ZOLO, D. (coord.), *Cittadinanza: appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Bari, 1994.

también como reivindicaciones de una fuente independiente de poder y de iniciativa económica, motivadas por la agudización de la sensación de dependencia de las instituciones políticas y de su poder de decisión.⁹ Ellas indican que las “normalizaciones disciplinarias”, según la definición de Michel Foucault, son ahora percibidas como incompatibles con el modelo antropológico del sujeto de los derechos sostenido por la doctrina liberal.

No es casualidad que el concepto de “Estado de derecho”, al que se apela preferentemente, sea el propuesto por Friedrich von Hayek. En *The Road of Serfdom*, de 1944, Hayek había afirmado que, liberado de todo “technality”, el *rule of law* (considerado en este contexto 'aprobriamente' sinónimo de “Estado de derecho”) puede ser definido como el régimen en que el gobierno

...in all its actions is bound by rules fixed and announced beforehand —rules which make it possible to foresee with fair certainty how the authority will use its coercive powers in given circumstances, and to plan one's individual affairs on the basis of this knowledge.¹⁰

Se trata de una noción que destaca la autonomía del individuo, es decir, la capacidad del Estado de derecho de garantizar a cada ciudadano la posibilidad de proyectar su propia vida como quiera. El *revival* del Estado de derecho tiene, por tanto, un valor más político que jurídico. Esta noción es presentada de manera simplista como el baluarte de los ideales jurídicos liberales amenazados, o al menos comprimidos, por el Estado social.¹¹

⁹ FOUCAULT, M., “Social Security”, en KRITZMAN, D.L. (coord.), *Politics, Philosophy, Culture: Interviews and Other Writings 1977–84*, Routledge, New York, 1988, p. 163.

¹⁰ HAYEK, F. von, *The Road to Serfdom*, Routledge & Kegan Paul, London, 1971, p. 54.

¹¹ Para esta línea de pensamiento, además de Hayek (ver también *The Constitution of Liberty*, Routledge & Kegan Paul, London, 1960, tr. it. *La società libera*, Vallecchi, Firenze, 1969, pp. 240–242) pueden verse LEONI, Bruno, *Freedom and the Law*, D. Van Nostrand, Princeton (NJ), 1961; tr. it. *Liberilibri*, Macerata, 1995, pp. 67–86 y OAKESHOTT, Michael, “The Rule of Law”, en *On History and Other Essays*, Barnes and Noble, New York, 1983, 157–64 y muchos de los ensayos reunidos en *Rationalism in Politics and other Essays*, Liberty Fund, Indianápolis, 1991. Estos autores aprovecharon

La fuerte connotación ideológica de este *revival* echó raíces en un terreno que había sido fertilizado por el uso político de la noción de “Estado de derecho” (o *rule of law*). Este concepto había sido utilizado a fines de los años cincuenta y comienzos de los años sesenta para marcar la distancia entre el Occidente liberal–democrático y los totalitarismos viejos y nuevos, desde el nazista hasta los de la Unión Soviética y sus satélites, y hasta el chino.¹² Para el éxito de una noción de *rule of law* de fuertes contenidos ideológicos, contribuyó, de modo determinante, el hecho de que muchos juristas la vieron como un refugio donde protegerse para sustraerse a la condena del positivismo jurídico —considerado el *humus* del nazismo—, sin verse forzados a convertirse al iusnaturalismo, sobre la huella de Gustav Radbruch. Este entramado de causas del éxito del *rule of law* probablemente encontró, en los veinte años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, su expresión más clara en la discusión entre Herbert L.A. Hart y Lon Fuller sobre la relación entre derecho y moral. Fuller¹³ sostuvo una posición que definiría neo–iusnaturalista o de iusnaturalismo formal: el derecho posee una moralidad intrínseca por el hecho de ser claro, general, no retroactivo, abstracto; las normas emitidas correctamente en lo procedimental, pero que carezcan de tales requisitos, no son “derecho”. En otras

el clima ideológico de los años cincuenta para hacer del *rule of law* la bandera de la batalla contra el voluntarismo racionalista. A sus ojos la ideología voluntarista y racionalista representaba un hilo rojo que iba desde la revolución francesa a la programación económica soviética. Contraponían a ella una espontánea racionalidad histórica “liberal”, cuyo ejemplo más brillante, sostenían, era representado por la Constitución inglesa y, más en general, por el *common law*.

¹² Bajo este perfil son emblemáticas las actas de las distintas convenciones de la Asociación Internacional de los Juristas, realizadas entre los años cincuenta y sesenta; *cfr.* International Commission of Jurists, *The rule of Law in a Free Society*, Int. Comm. Of Jurists, Geneva, 1960; y de la misma institución, *The Rule of Law and Human Rights, Principles and Definitions*, Int. Comm. of Jurists, Geneva, s.f., y *The Dynamic Aspects of the Rule of Law in the Modern Age*, Int. Comm. of Jurists, Geneva, s.f. Merece subrayarse que la noción de “Estado de derecho” se prestaba mejor para crear esta divisoria de aguas que la apelación a los “derechos fundamentales”. En efecto, la de los “derechos fundamentales” es una categoría ajena, desde Jeremy Bentham en adelante, a la tradición jurídica inglesa predominante.

¹³ FULLER, L.L., “Positivism and Fidelity to Law—A Reply to Professor Hart”, *Harvard Law Review*, 71, 1958; véase también del mismo autor *The Morality of Law*, Yale UP, New Haven (CT), 1969; tr. it. Giuffrè, Milano, 1986.

palabras, según Fuller, el “derecho” por definición, o más bien por su moralidad intrínseca, satisface los cánones del *rule of law* así como fueron fijados por Hayek. En los años cincuenta y sesenta esta posición permitía sostener la nulidad de gran parte de las leyes nazis (por ejemplo, por citar un tema aún hoy de actualidad, aquellas que habían decretado la confiscación de los bienes de los judíos), Hart¹⁴ rechazó esta posición por iusnaturalista, pero lo hizo con gran dificultad. Afirmó, como se sabe, que el derecho “tiene”, pero no “debe necesariamente tener” un contenido moral mínimo. La doctrina, o más bien la ideología, del *rule of law* fue presentada como capaz de conciliar estas posiciones. Permitió sostener que las normas sin los requisitos planteados por Fuller son formalmente válidas, pero que el Estado caracterizado por este tipo de normas no es un “Estado de derecho”. Así, tal concepto se constituyó en emblema de los valores de la civilización jurídica occidental. Las tesis de Fuller, una vez “des-iusnaturalizadas”, parecieron conectarse con la extensa tradición que, desde Locke, había considerado a la ley, producida por asambleas liberal-democráticas, como general,¹⁵ abstracta, no retroactiva y por tanto “buena”.¹⁶

La dimensión política del concepto de *rule of law* está probada por su impermeabilidad a las críticas de Joseph Raz acerca del uso de dicho concepto. Reaccionando contra la tendencia a equiparar el *rule of law* al “rule of the good law”, Raz subraya que en la medida en que esta definición hace referencia al principio de legalidad y a la certeza del derecho,

¹⁴ HART, H. L. A., “Positivism and the Separation of Law and Morals”, *Harvard Law Review*, 71, 1958, ahora en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983; véase también *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961, tr. it. Einaudi, Torino, 1991.

¹⁵ Rousseau había llegado al punto de sostener que la ley, siendo manifestación de la voluntad general, no podía ser ella misma más que general.

¹⁶ Puede considerarse símbolo de esta tendencia la cláusula 1 del informe redactado por la primera comisión del Congreso Internacional de Juristas celebrado en Nueva Delhi en 1959, en el cual se lee: “The function of the legislature in a free society under the *Rule of Law* is to create and maintain the conditions which will uphold the dignity of man as an individual. This dignity requires not only the recognition of his civil and political rights but also the establishment of the social, economic, education and cultural conditions which are essential to the full developmet of his personality”. (International Commission of Jurists, *The Rule of Law in a...*, *op. cit.*, p. 74).

...a non democratic legal system, based on the denial of human rights, on extensive poverty, on racial segregation, sexual inequalities, and religious persecution may, in principle, conforme to the requirements of de rule of law better than any of the legal systems of the more enlightened Western democracies.¹⁷

Según Raz, los requisitos indicados por Fuller (no retroactividad, claridad, publicidad, etcétera) son *cualidades* del derecho. Ellos son, en cierta medida, lógicamente (o teleológicamente) necesarios porque el objetivo de la ley es dirigir la conducta de los sujetos. En ausencia de tales requisitos, el derecho no podría alcanzar este fin.¹⁸ El ordenamiento jurídico que respeta plenamente los requisitos del *rule of law* no es el ordenamiento más liberal o más democrático, sino el ordenamiento jurídico más eficaz que pueda concebirse. Si el *rule of law* garantiza un valor, éste es exclusivamente la certeza del derecho, certeza que, si bien permite —como afirma Hayek— a cada uno organizar su propia vida, ser el “dueño” de la misma, no asegura por sí misma ningún espacio dentro del cual este garantizada la libertad de organizar la propia vida.

Posiciones como la de Raz, que en definitiva reconducían la discusión sobre el Estado de derecho a la problemática del siglo XIX, tendían a privar de todo *appeal* teórico-político al concepto de *rule of law*, pero no daban cuenta del “mito” del Estado de derecho. Una vez desaparecidos los regímenes totalitarios de la Europa del Este, en las democracias liberales contemporáneas se apeló nuevamente a la noción de “Estado de derecho” para subrayar la insuficiencia de la tutela de los derechos “civiles”, en contraposición a los sociales. Se invoca el “Estado de derecho” como instrumento teórico para eludir la toma de conciencia acerca de que la difusión de los mecanismos disciplinarios no es más que la contracara de la pro-

¹⁷ RAZ, J., “The Rule of law and its Virtue”, *The Law Quarterly Review*, 1977, ahora en *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 211.

¹⁸ Una tesis análoga había sido sostenida, aunque incidentalmente, también por el mismo Fuller en *The Morality of...*, *op. cit.*

gresiva proliferación de los derechos subjetivos (ino sólo sociales!). Fue, por tanto, la falta de alternativas a los modelos político–jurídicos de las democracias occidentales la que condujo a escena el concepto de “Estado de derecho”. Este concepto es restaurado por su poder evocativo de una estructura del poder estatal capaz de asegurar a los individuos aquella posibilidad —a que aspiraba Hayek, como hemos visto— de organizar en forma autónoma su propia vida y que los ordenamientos actuales del mundo occidental no parecen garantizar de manera satisfactoria. Incluso en ésta su tercera juventud, cuando se trata de pasar de su poder evocativo a su precisa definición, la noción de “Estado de derecho” parece muy problemática. Apelar a ella, especialmente en la formulación de Hayek, significa invocar los derechos civiles para criticar las técnicas disciplinarias. Esta intención se cumple a pesar de que la historia de los sistemas políticos occidentales muestra ampliamente —como observa Foucault— que “soberanía y disciplina, derecho a la soberanía y mecanismos disciplinarios son dos partes constitutivas de los mecanismos generales del poder en nuestra sociedad”.¹⁹ Ciertamente, no es recurriendo a la soberanía contra la disciplina como podrán limitarse los efectos del poder disciplinario. El poder disciplinario representa la cara indeseada del aumento de la libertad, de la posibilidad de actuar y programar la propia vida. Sólo un control disciplinario fuerte hace posibles las acciones y los programas que requieren de la coordinación entre muchas personas. Únicamente el hecho de que muchas personas ejecutan de manera disciplinada sus propias tareas hace posibles acciones banales, como tomar un tren, o acciones muy complicadas, como los intercambios financieros. En las sociedades complejas, la libertad de cada uno, entendida como posibilidad de actuar, depende casi totalmente del disciplinamiento de los demás: libertad y poder disciplinario son dos caras de una misma moneda.

¹⁹ FOUCAULT, M., “Lezione seconda, 14 gennaio 1976, Genealogia, 2. Potere, diritto, verità”, en *Difendere la società*, Ponte alle Grazie, Firenze, 1990, p. 39.

3. El desafío de la incertidumbre

En cuanto se refiere al aspecto jurídico, el constitucionalismo kelseniano removió, pero no resolvió, el desafío de la incertidumbre, planteado por diferentes corrientes jurídicas frente al formalismo y al normativismo, entre fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX.²⁰

Tanto el sistema continental como el de *common law* sufrieron una crisis de legitimación a comienzos del siglo XX. Esta crisis se debió a una cada vez más evidente inadmisibilidad del axioma jurídico, sostén del paradigma legicéntrico rousseauiano–montesquicano, retomado luego por la teoría kelseniana. Según dicho axioma, el proceso de resolución de las controversias legales coincide con el proceso de interpretación de los textos normativos. En otras palabras, los litigios planteados ante los tribunales deben resolverse a través del examen de las normas codificadas. Muchos autores, pertenecientes a diferentes escuelas, subrayan que la individualización de las soluciones del caso jurídico y la argumentación utilizada para fundamentarlas, aun cuando estén interconectadas, son el resultado de

²⁰ Pueden recordarse en Francia a Francois Geny, en Alemania a Philip Heck y la jurisprudencia de los intereses y Eugen Ehrlich y la escuela del derecho libre, el realismo escandinavo y el americano.

dos procesos claramente distintos. Según esta tesis, la tan exaltada “logicidad” del proceso de decisión judicial no es más que, en la mejor de las hipótesis, una ficción. En realidad, nada garantiza que exista un nexo convincente entre los textos normativos y las decisiones de los tribunales. La crisis nace de la difundida afirmación de que el derecho no tenía la que era considerada clásicamente como su principal virtud: la certidumbre. El nudo central se encuentra expresado por uno de los padres nobles del realismo americano, Oliver Wendell Holmes, quien en *The Path of the Law*²¹ escribe:

The language of judicial decision is mainly the language of logic. And the logical method and form flatter the longing for certainty and response which is in every human mind. But certainty generally is illusion, and response is not the destiny of man. Behind the logical form lies a judgment as to the relative worth and importance of competing legislative grounds, often an inarticulate and unconscious judgment, it is true, and yet the very root and nerve of the whole proceeding.

En las primeras décadas del siglo XX emerge una nueva concepción del derecho, que une el realismo americano con varias orientaciones europeas,²² dotada de una coherencia propia, aunque no tal vez de organicidad, radicalmente alternativa al formalismo del siglo XIX. La característica relevante de estas teorías, que por comodidad y brevedad pueden definirse realistas, es —si bien con diferentes matices— la tesis de que el juez no está, ni puede estar y está bien que no lo esté, atado por las normas. Todas estas teorías distinguen entre el proceso de resolución de la controversia jurídica y el de su motivación. El juez recurre a las normas para motivar su decisión, pero ésta se toma sobre la base de otros parámetros (aquellos

²¹ HOLMES, Oliver Wendell, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review*, 10, 1897, p. 465–6.

²² Para semejanzas y diferencias entre el realismo americano y la escuela del derecho libre, ver HERGET, J. y WALLACE, S., “The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism”, *Va. Law Review*, 73, 1987, pp. 399 y ss. Para un paralelo entre las tesis del realismo americano y del escandinavo, se puede ver la útil antología de CASTIGNONE, S., *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, il Mulino, Bologna, 1981.

que el juez considera “justos” en el caso concreto).²³ Por consiguiente, el realismo rechaza la idea de que las normas “deciden” las controversias. Según los autores que siguen esta corriente de opinión, son los jueces quienes deciden las causas que les son presentadas.

A los sostenedores del modelo Rousseau–Montesquieu les ha parecido que esta tesis produce un retroceso, en siglos, de la situación. Ella pareció anular la conquista misma de la positivización del derecho y, por tanto, repudiar aquellas instancias de racionalidad y de justicia a las que el positivismo jurídico había dado vida. La exigencia absolutamente prioritaria de un ordenamiento jurídico positivo es, en efecto, que la ley preestablezca formalmente, contra el arbitrio judicial, lo que está prohibido y es penalmente punible. El juez no debe hacer otra cosa que aplicar la ley verificando los presupuestos fijados por ella. La afirmación de que es el juez y no el derecho quien resuelve la controversia —que es el juez y no el legislador quien produce el derecho— ha sido entendida como el rechazo del concepto de “Estado de derecho” y de los valores expresados por este concepto. La tesis de que es el juez quien produce el derecho ha sido considerada como el repudio al principio de legalidad como fuente de legitimidad del poder, insustituible limitación del arbitrio y garantía de certeza, igualdad y libertad.

Según el paradigma Rousseau–Montesquieu del Estado de derecho, la jurisdicción está sujeta a la ley y únicamente de tal sujeción —al principio de legalidad— extrae su propia fuente de legitimación. De ello deriva el carácter puramente cognoscitivo del juicio: el juez está llamado exclusivamente a verificar los

²³ Este problema pesa aún hoy como una roca sobre la teorización jurídica. Como afirmaron no hace mucho dos civilistas alemanes (KOCH, H.J., y RÜSSMANN, H., *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, Beck, München, 1982, p. 1): “sigue siendo útil señalar que el problema concerniente a la efectiva producción de la decisión jurídica debe ser considerado diferente de la aceptabilidad de una determinada interpretación legal. La distinción entre los dos problemas es importante, porque la solución de uno de ellos no tiene casi nada que ver con el otro. Motivos discutibles puestos como fundamento de la decisión no transforman una buena interpretación en desechable; motivos apreciables no vuelven buena una mala interpretación”.

hechos previstos e indicados por la ley, según reglas establecidas por la propia ley. La prestación que le es requerida es de mero conocimiento: la comprobación de lo que está preestablecido por la ley. El hecho de que el juez se atenga escrupulosamente a esta prestación y no sobrepase las funciones que le son confiadas es considerado como el fundamento de la certeza del derecho, de la igualdad ante la ley y como la garantía de la libertad contra el arbitrio. La ciencia jurídica es una “ciencia”, porque las normas pueden y deben ser aplicadas por diferentes decisores con procedimientos rigurosamente lógicos. La personalidad de quien decide no influye en la solución de la controversia. Los jueces deciden de manera correcta cuando nada influye sobre su decisión más allá de las normas. El derecho está constituido por normas (fijadas en leyes o, en todo caso, derivadas de precedentes) que se aplican a los hechos para decidir las controversias jurídicas.

En la base del paradigma positivista existe una distinción neta entre el jurista (el “científico” que estudia el derecho) y el derecho. El jurista, como el científico natural, es el autor de una operación cognitiva frente a un objeto, el derecho (las instituciones, las leyes, las costumbres, la voluntad del soberano, etcétera) ya dado, definido, terminado: “un objeto que tiene la misma perentoria 'objetividad' —quisiera decir, naturalidad— del mundo. La operación cognitiva del jurista nace 'después', se ejerce sobre una 'realidad' ya constituida, que no espera más que ser representada completamente”.²⁴ La tarea del jurista es “descubrir” qué es el derecho en un determinado contexto. El jurista desarrolla su tarea únicamente si es capaz de captar la realidad del derecho, del derecho como “realmente” es, cualquier cosa sea lo que se entiende, según las veces, con esta expresión: el derecho como “norma social”, el derecho como “sistema de normas”, el derecho como “voluntad del legislador”. Su función no es interrogarse sobre aquello que el derecho prescribe, sino simplemente comprobarlo. Su accionar debe, por tanto, adecuarse a los estándares de la descriptividad, de la no valoración, de la estrecha coherencia, de la

²⁴ COSTA, P. “Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista”, en *Diritto pubblico*, 1995, p. 17.

objetividad e impersonalidad. El saber jurídico debe configurarse, según este paradigma, como un discurso “científico”, es decir, no contaminado por elementos relacionados de alguna manera, con la pasión, los intereses y las ideologías y, en general, la subjetividad. Según este enfoque solamente si es “científico”, es decir liberado de todo material “impuro”, el discurso jurídico puede ser aceptado como productor de “verdad” o, lo que es lo mismo, de “derecho”.

En este cuadro, el discurso de los juristas funda su propia pretensión de “seriedad” exclusivamente en la reivindicación del rigor lógico de los procedimientos argumentales, del carácter “puramente” descriptivo, no valorativo, de los enunciados que lo componen. La función de la interpretación jurídica es interrogar al derecho tal como se encuentra expresado en los textos normativos, para ver cuál solución “imponen” al caso propuesto al juez: una conducta transgresora, una interacción conflictual. La operación es de carácter lógico y no debe, por tanto, presentar dificultad alguna, salvo la de la verificación de la norma utilizable. El problema surge sólo cuando el jurista, en especial el juez, descubre en su búsqueda del derecho vigente que no “existe” la norma que regula el caso, que no existe una norma lógicamente deducible del derecho escrito. Únicamente en este caso —recuérdese el desesperado intento de resolver el problema a través del sistema del *référé législatif*—²⁵ se reconoce que el jurista realiza una labor que no es de mera verificación de una norma que ya existe, sino de creación de algo que llega a existir gracias al procedimiento interpretativo. Pero incluso cuando nos damos por vencidos frente a lo incompleto del ordenamiento jurídico, se busca limitar la tarea creativa del juez a algún caso mínimo y se establecen, de todos modos, mil criterios que deben guiarla y limitarla. Que el intérprete pueda inventar el derecho aparece como un grave peligro.

El primer enemigo de la científicidad del discurso jurídico y, en consecuencia, de la certeza del derecho es la subjetividad del intérprete, en especial su

²⁵ Según este sistema, introducido en Francia en el periodo de la Revolución, el intérprete debía reenviar al legislador, para que definiera una regla clara, los casos que consideraba dudosos por una laguna del ordenamiento jurídico o por oscuridad de la ley.

subjetividad “política”. La científicidad del discurso jurídico se establece en primer lugar por su diferencia respecto de la esfera subjetiva de la política, que es incontrolable y, por tanto, “despótica”. La garantía de la certeza e imparcialidad del derecho se remite a la convicción de que la ciencia jurídica es, aunque asintóticamente, productora de verdad, en cuanto es capaz de conocer el derecho “objetivamente”. Esta tesis presupone que el conocimiento científico es objetivo, en cuanto está fundado en los procedimientos de la lógica y en la observación de los hechos, los que, a su vez, son directamente observables y constatables por cualquiera que disponga de los instrumentos (o sea, de la ciencia jurídica) para analizarlos. Presentar al discurso jurídico como netamente diferente al político es una elección obligada, una vez que se asume el paradigma según el cual cualquier saber, por tanto también el saber jurídico, es productor de verdad solamente en la medida en que se diferencie netamente del mundo imprevisible e incontrolable de la subjetividad. Ésta no tiene por qué tener un rol en una tarea que consiste en verificar qué es efectivamente el derecho y que no se refiere en lo más mínimo al derecho como debería ser, como subrayan reiteradamente los teóricos del positivismo desde Jeremy Bentham a Hart. La subjetividad, expulsada de la esfera jurídica, queda libre para expresarse en el campo de la política, que precisamente por esto no debe nunca sobreponerse al del discurso jurídico.

El positivismo y el paradigma Rousseau–Montesquieu del Estado de derecho que se basa en el mismo implican, pues, una teoría del conocimiento científico muy fuerte y exigente y, al mismo tiempo, sostienen una concepción débil o, para decirlo con Montesquieu, casi “nula” de la subjetividad. El juez, y en general el jurista, no es y no debe ser otra cosa que la “boca de la ley”, el megáfono de la ciencia jurídica y de la verdad que ella permite alcanzar. Como escribe Costa.²⁶

El paradigma positivista impone que la subjetividad desaparezca ni bien se inicia el discurso de la ciencia: la subjetividad es entendida como una bata de

²⁶ COSTA, P., “Discorso giuridico...”, *op. cit.*, p. 4.

entrecasa que puede —que debe— ser abandonada apenas se vistan los hábitos solemnes y públicos de la ciencia. La proclamación de la no valoración, de la objetividad, la impersonalidad, la descriptividad de la ciencia y la enfatización de su absoluta relevancia gnoseológica, avanzan junto con la correspondiente minimización de la “subjetividad” de los sujetos, por tanto también de los “científicos”, con la exclusión de su necesaria e integral inserción histórico-social e institucional.

4. Los presupuestos antropológicos del formalismo normativista

Las corrientes realistas de comienzos del siglo XX se encuentran unidas por la idea de que la interpretación de los textos normativos consiste en una sustancial reescritura de los mismos, en función del “presente” del intérprete. El juez no encuentra un derecho ya dado, no registra lo que es el derecho, pero lo crea (más o menos libremente), encuadrándolo en el marco de los textos que interpreta. En estas tesis se combinan razones políticas y teorías epistemológicas pero, a través del tiempo, las segundas se transforman siempre con más claridad en el presupuesto de las primeras. El juez no está limitado por los textos normativos, porque no existe un derecho listo para ser utilizado, proporcionado por algún texto. En relación con esta orientación, Hart²⁷ habló de “escepticismo de las normas”. Hoy las corrientes interpretativas (al menos las más radicales) que retomaron el desafío escéptico, se caracterizan por algunas premisas, que Costa sintetiza del siguiente modo.²⁸

- ...a) el sujeto interpreta los textos a partir de su integral “situacionalidad”;
- b) el sentido del texto no es una cualidad objetiva del texto, immanente al mismo,

²⁷ HART, H. L. A., *The Concept of...*, *op. cit.*, pp. 159–65.

²⁸ COSTA, P., “Discorso giuridico...”, *op. cit.*, p. 20.

sino que le es atribuido por el intérprete; c) el intérprete rescribe el texto en función de las preguntas, de los intereses, de las exigencias características de su presente; d) no se dan criterios racionales y absolutos de verdad o falsedad de una interpretación; e) la verdad de una interpretación se traduce en el consenso que la misma está en condiciones de obtener, sobre la base de presupuestos compartidos dentro de un grupo, una sociedad, un contexto determinado; f) no pudiendo ser presentada apodícticamente como verdadera, la interpretación de un texto se traduce en una estrategia de persuasión del interlocutor, sobre la base de presupuestos “localmente” compartidos por el interlocutor mismo; g) la argumentación interpretativa no pertenece al dominio de la lógica, sino de la retórica.

En el fondo de las teorías interpretativas radicales se encuentra la tesis de que el significado de una proposición lingüística no depende del significado de sus partes constitutivas; es decir, el significado no puede ser identificado partiendo de las características gráficas o fonéticas de los símbolos que componen la proposición. No existe algo que pueda definirse como “el significado literal” de un enunciado, entendiéndose por “significado literal” un significado independiente del contexto, de la forma *mentis* de quien lo expresa y de su *audience*. No existe significado alguno que sea anterior a la interpretación y que pueda ser utilizado como medida para distinguir las interpretaciones correctas de aquellas erradas (y, generalmente, se sostiene que ésto es bueno).

El problema de la relación entre el Estado de derecho y la capacidad de los enunciados lingüísticos para obligar a los intérpretes ha sido planteado con mucha claridad por Hart, como lo he señalado. En su célebre obra *The Concept of Law*, polemizando con los realistas americanos, Hart sostiene que, si no se atribuye a las palabras al menos un núcleo de significado autoevidente —de manera que puedan obligar a los intérpretes, por lo menos parcialmente—, entonces —como ya proclamara con alarma el obispo Hoadly—²⁹ “sería legislador, en todos los

²⁹ Citado en HART, H.L.A., *The Concept of...*, *op. cit.*, p. 165.

aspectos, aquel que tiene la absoluta autoridad de interpretar leyes escritas y orales, y no aquel que las escribió o pronunció por primera vez”.³⁰ Un mundo en que las palabras no están en condiciones de ofrecer la base para definir un criterio de juicio es, para Hart, un mundo sin principios, un mundo en que no existe diferencia alguna entre el derecho y la amenaza del bandido armado, un mundo hobbesiano en que el único criterio es la fuerza.³¹

Como subraya Stanley Fish,³² Hart desplaza inmediatamente el problema desde el plano epistemológico al político (en sentido rigurosamente weberiano),³³ desde el plano del “significado” al del “poder” y de su uso legítimo. La antigua distinción entre dos conceptos de verdad —una noción de verdad como algo independiente de toda perspectiva local y parcial, y la otra como algo que parece evidente y obvio solamente a quienes forman parte de una determinada cultura— llega a asumir una importancia “política” fundamental. Si ninguna proposición tiene un significado independiente de la interpretación que se le da, si las palabras utilizadas no obligan al intérprete, entonces ninguna ley puede limitar de modo previsible el poder de los individuos y, en especial, el de los sujetos designados institucionalmente para interpretarla y aplicarla. Si no existen signos que atan a los intérpretes, las ideas mismas de Estado de derecho, de gobierno de la ley, de *rule of law*, parecen carentes de contenido, quimeras irrealizables por definición. El de-

³⁰ Esta tesis es citada con aprobación por John Chipman Gray, uno de los padres de la escuela realista americana, en *The Nature and Sources of Law*.

³¹ No es casual que un convencionalista como Hobbes sostenga que el soberano es quien define el significado de la ley, es quien juzga. En el capítulo XXVI del *Leviathan* se encuentra la tesis según la cual toda interpretación es indeterminada y puede dar lugar a innumerables posibles resultados, junto con la afirmación de que sólo el soberano con su interpretación de autoridad (*in qua sola consistit legis essentia*) puede poner fin a la confusión de las opiniones, como —la remisión está contenida en la edición inglesa del *Leviathan*— hizo Alejandro Magno cortando el nudo gordiano. *Cfr.* HOBBS, T., *Leviathan*, ed. Ingl. de 1651, tr. it. La Nuova Italia, Firenze, 1987, pp. 269–70.

³² FISH, S., *Doing What Comes Naturally*, Clarendon Press, Oxford, 1989, p. 5.

³³ Como es sabido, para Max Weber (*cfr.* “Politik als Beruf”, en *Gesammelte Politische Schriften*, München, 1921, tr. it. Einaudi, Torino, 1966) la “política” es el conjunto de las actividades que conciernen “al monopolio de la fuerza física legítima”.

recho, contrariando a Fuller, no estaría caracterizado por una moralidad intrínseca. Si no existe algún *authoritative mark*³⁴ que defina qué puede hacerse, todo gobierno es como el gobierno del emperador Tito,³⁵ absolutamente imprevisible. La noción de “Estado de derecho” parece indisolublemente unida a una concepción de la verdad como instrumento para juzgar las acciones humanas, y no como algo que sea el producto de las acciones humanas.

Para la concepción Rousseau–Montesquieu del Estado de derecho, tanto el carácter autoevidente de las declaraciones normativas, como la consiguiente concepción de la ciencia jurídica como una mera empresa de reconocimiento, son elementos esenciales. Sin estas premisas, el gobierno de la ley, impersonal, imparcial y universal, se transforma en algo inaceptable para los sostenedores del Estado de derecho. Se transforma en el gobierno de la “persuasión”, en el gobierno de aquella parte en juicio que tiene, en el momento del proceso, el poder de convicción más fuerte. Si las aserciones normativas no tuviesen un significado autoevidente, toda forma de autoridad sería por su naturaleza inestable, a merced de quien en cada caso tiene la capacidad de persuadir de que el derecho tiene un determinado significado, de establecer el sentido de las palabras. Sólo la noción neopositivista del lenguaje como conjunto de símbolos autoexplicativos, claros y esenciales, permite concebir no sólo un orden utópico basado en principios y valores eternos y universales, como el propugnado por Locke y por gran parte de los contractualistas del siglo XVIII, sino también un orden más realista, como el imaginado por los iuspositivistas, impuesto intencionalmente por un legislador.

³⁴ HART, H.L.A., *The Concept of...*, *op. cit.*, p. 113. La expresión está traducida como “elemento de autoridad” que tal vez no rescata muy bien la idea; de todos modos, su sentido resulta claro por el tenor de la discusión de Hart sobre las normas secundarias (*cf.* pp. 108–17).

³⁵ PEAKE, M., *Gormenghast*, Vintage, London, 1998. Para este apólogo, Tito se hace soberano de un país en que no existe discrecionalidad de los jueces y de los oficiales públicos. Cada cosa, desde el color de los huevos que deben comerse en los distintos días de la semana, está regulada por el derecho. Enseguida de hacerse soberano, Tito decide abolir todas las normas y resolver él los conflictos que surgen. Esta decisión en poco tiempo arroja al país en el caos.

Aquellos que rechazan el formalismo como “una ingenua ilusión” no siempre son conscientes de las implicaciones de sus tesis, no siempre se dan cuenta de que, como afirma Roberto Mangabeira Unger,³⁶ “el derrumbe del formalismo arrastraría consigo todas las demás doctrinas liberales de la jurisdicción”. En efecto, el formalismo no es simplemente una doctrina lingüística, sino una doctrina indisolublemente unida con los elementos fundamentales de la tradición liberal. Implica el específico modelo antropológico, los particulares conceptos de comunidad, de racionalidad, de práctica y de política asumidos como propios por el liberalismo. Un formalista cree que las palabras deben tener un significado claro, pero esta creencia es inseparable de muchas otras. Para creer que el lenguaje es semánticamente autoevidente (o como consecuencia de esa creencia), se debe pensar que los significados son elementos del lenguaje, que la mente es capaz de captar sin problemas estos significados, que el lenguaje es un sistema abstracto preexistente a su uso, que su claridad no depende del contexto y, por tanto, no resulta empañada por el cambio de éste. Estas creencias permiten sostener que los significados de las palabras, relevantes en todo evento regulado por el derecho, son aquellos que el lenguaje posee como sistema abstracto y no los que puede adquirir en un contexto particular y que, como sostiene Hart,³⁷ los significados generales pueden ser utilizados para definir el ámbito de las interpretaciones locales de las normas y de las leyes.

Además, los sostenedores del formalismo deben pensar que ningún elemento de la subjetividad del individuo interfiere con el lenguaje, o que, si algo interfiere, puede y debe ser controlado por el individuo mismo. Todo deseo personal puede y debe ser dejado de lado en el momento en que nos comprometemos en la interpretación de una norma. Esta posibilidad está implícita en la convicción de que un sistema político “justo” es aquel en que los significados generales y abstractos de las palabras definen su uso y en que la voluntad personal del intérprete

³⁶ MANGABEIRA UNGER, Roberto, *Knowledge and Politics*, Free Press, New York, 1975, tr. it. il Mulino, Bologna, 1983, p. 132.

³⁷ HART, H.L.A., *The Concept of...*, *op. cit.*, pp. 146–159.

se somete a la voluntad impersonal de las normas, una voluntad expresada por el lenguaje autoevidente en el que son formuladas. El formalismo requiere, pues, aquello que he definido en otra parte como un modelo antropológico jerárquico–dualista:³⁸ un modelo para el cual la sumisión a la ley general y abstracta es un acto racional, elegido libremente por la voluntad auténtica del individuo, esa misma voluntad que debe impedir toda interferencia de los deseos, de las ideas, en una palabra de la subjetividad del jurista en la operación interpretativa. El presupuesto del modelo Rousseau–Montesquieu es, por lo tanto, que la racionalidad y el significado sean independientes de todo contexto en que nos encontramos operando. El elemento que define una comunidad civil (regulada por el derecho) es el reconocimiento de tal racionalidad como criterio de juicio para resolver las controversias. Una comunidad cuyos miembros rehúsen reconocer tal criterio es por definición irracional y, en consecuencia, gobernada por el arbitrio y por la fuerza, por la persuasión en vez de por las normas, que no reflejan la voluntad de sujeto específico alguno y protegen, dicho desde una perspectiva kantiana, la libertad de todos.

³⁸ Cfr. SANTORO, E., *Autonomia individuale, libertà...*, *op. cit.*

5. Las respuestas al desafío de la incertidumbre

En las últimas décadas del siglo XX, la reacción europea al desafío de la incertidumbre ha sido muy diferente a la que se ha desarrollado en los Estados Unidos. Los juristas europeos han tratado de todos los modos posibles de volver al modelo formalista y normativista del derecho, sosteniendo que el desafío realista no compromete su núcleo central. En cambio, los juristas americanos han aceptado, en sustancia, la tesis central de los realistas abandonando la teoría de que las normas legales garantizan la certeza del derecho. Su estrategia ha sido la de afirmar que se ha superado no sólo la concepción normativista y formalista, sino también la realista, y que de este modo han recuperado la certeza de la primera. Esta recuperación se produjo buscando en ámbitos distintos al derecho los cánones capaces de devolver certeza a las decisiones de las Cortes. La mayoría de los juristas estadounidenses aceptaron la idea de que los textos normativos no pueden garantizar la certeza del derecho, pero se rechazó la tesis de que el proceso decisional de las Cortes pueda carecer de parámetros que lo hagan “cierto”. Aceptada la tesis de que las prescripciones verbales contenidas en los textos normativos no pueden proporcionar estos parámetros y siguiendo un camino indicado por algunas de las primeras teorías realistas, han recurrido a otras disciplinas para encontrar un sólido fundamento a las decisiones judiciales, en primer

lugar a la filosofía moral y a la economía.³⁹ Ambas reacciones han tendido a neutralizar el desafío realista, antes que a tomarlo en serio, a eliminar la incertidumbre antes que a idear una teoría del derecho que la incorporara. Usando las palabras de Richard Hyland,⁴⁰ tanto “los premodernos” (los juristas europeos), como “los posmodernos” (los juristas estadounidenses), han buscado desesperadamente “eludir las consecuencias de la modernidad”. El monstruo a exorcizar, para ambos enfoques, es siempre el mismo: la subjetividad del juez, el riesgo de que decida según sus intereses personales, sus convicciones o sus idiosincrasias.

Los juristas de la Europa continental parecen obstinadamente atados a la idea weberiana de que su sistema jurídico, por estar organizado racionalmente, es superior al *del common law*, en que las decisiones de las controversias son asimilables a las decisiones proféticas del *kadí* y dependen enteramente de la personalidad del decisor. Esta actitud los lleva a rechazar, casi instintivamente, el desafío realista como un problema que no les concierne. Su primera reacción es la de pedir pruebas del hecho de que las normas no son determinantes para el resultado de la controversia. Cuando se les muestran muchas decisiones en que el juez se erige en *dominus* del derecho y pronuncia sentencias que ignoran las disposiciones legislativas, ellos sostienen que estos casos no son más que la prueba del hecho de que los jueces cometen errores, deciden de manera equivocada. La idea de que no son las normas las que definen la controversia, sino la competencia de los juristas que se ocupan del caso y sus ideas personales, para los juristas continentales no es un dato ineluctable, sino una perversión del sistema jurídico del todo inaceptable. Para evitar que esto suceda es suficiente, según su opinión, predisponer las contramedidas adecuadas. El problema de la incertidumbre, sostienen, puede resolverse en su origen. La creatividad judicial se considera aceptable sólo donde se juzgue que los textos normativos presentan lagunas.

³⁹ Sobre esta tendencia ver SINGER, J., “Radical Moderation”, en *Am. B. Found. Res. Journal*, 1985, pp. 329–330 y CRAMTON, R., “Demystifying Legal Scholarship”, en *Geo. Law Journal*, 75, 1986.

⁴⁰ HYLAND, R., “Shall We Dance?” en CAPPELLINI, P. y SORDI, B. *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 383.

En Europa se han invocado dos medidas profilácticas, en especial, para garantizar un grado satisfactorio de certeza. Algunos pensaron en resolver el problema de la certeza redactando los textos normativos de modo riguroso, utilizando términos técnicos y precisos que no dejan espacio a la ambigüedad. Naturalmente, dado que ninguna formulación lingüística puede determinar cómo el juez interpretará la norma, esta estrategia ha sido contraproducente: ha generado normativas minuciosas e incomprensibles, que terminaron por aumentar la incertidumbre del derecho. Entonces, la mayor parte de los juristas europeos, para restituir certeza a cada una de las disposiciones normativas, volvió a enfatizar la importancia de la estructura del derecho. Según la tradición continental, que encuentra en Savigny⁴¹ su exponente más ilustre, toda controversia debe discutirse primero como una cuestión general. El derecho es representado como “un edificio conceptual que debería conectar y potencialmente contener, en un sistema coherente, todos los posibles casos jurídicos. En él todo procede —también el incremento oculto del derecho— desde una premisa presupuesta, a través de deducciones conceptuales”.⁴² Enfatizando la estructura que guía la reflexión jurídica desde las premisas conceptuales a las conclusiones correctas, el enfoque continental apunta a convencer a los juristas de que existe una solución correcta que puede deducirse de los textos normativos. La idea del rigor estructural permite, en realidad, evitar la confrontación con la inevitable incertidumbre del derecho que se encuentra en la base de las decisiones judiciales.

Los *common lawyers* que toman contacto con los métodos de formación de los juristas en el continente europeo se sorprenden por la energía que aquí se dedica a la elaboración de una estructura conceptual, adecuada a la discusión de cada uno de los problemas jurídicos. Muchos de ellos, incluso reconociendo la influencia que este enfoque ha tenido y sigue teniendo en todo el mundo, sostienen

⁴¹ En efecto, la jurisprudencia de los conceptos fue desarrollada por los discípulos de Savigny, Puchta, Gerber, Laband y Windscheid, que identificaron la tarea de la ciencia del derecho con la construcción de una pirámide conceptual capaz de representar una grilla, para encuadrar lógicamente cada evento.

⁴² VIOLA, F. y ZACCARIA, G., *Diritto ed interpretazione...*, *op. cit.*, p. 183.

que el mismo no ha conducido, para el caso de muchos temas problemáticos (por ejemplo, el dolo para el derecho penal o el enriquecimiento ilícito para el derecho civil), a otros resultados más que la búsqueda de la precisión terminológica. El razonamiento jurídico ha superado todo nivel razonable de sutileza y sofisticación, terminando por contribuir a generar incertidumbre mucho más que a crear certeza.

Las principales corrientes teóricas que dominaron el debate americano en los últimos años, como he señalado, adoptaron la estrategia de aceptar el desafío de la incertidumbre para intentar neutralizar sus efectos. Para realizar esta operación sostienen que en la interpretación de una norma debe buscarse establecer cuál es su finalidad y esta finalidad puede hallarse siempre, más allá de los confines del derecho, en alguna política particular. Así, cuando los juristas americanos buscan un fundamento sólido para sus tesis, recurren a disciplinas afines pero distintas. Esta actitud no es una peculiaridad de los filósofos del derecho, pues todo jurista tiende a justificar normas y decisiones judiciales en términos de políticas seguidas concretamente. Es opinión común que las características estructurales del derecho no pueden prevalecer sobre las exigencias sociales que se desean satisfacer. Como afirma Hyland,⁴³ “hoy en América, una parte procesal está destinada a perder la causa si confía sus razones sólo al argumento textual, trátese del texto de un contrato o de una ley, si no alega también las motivaciones prudenciales por las cuales su interpretación, si ganara, configuraría una normativa mejor”. Esto, subraya el mismo autor, no compromete la certeza del derecho, porque los juristas expertos concuerdan en muchos casos, aun “difíciles”, sobre cuál sería la solución, aunque cada uno de ellos probablemente explique el resultado de diferente manera.

Las dos aproximaciones más conocidas y discutidas, que invocan elementos externos al derecho para garantizar la certeza que los textos normativos no están en condiciones de ofrecer, son el análisis económico del derecho de Richard Posner y la teoría del derecho como integralidad de Ronald Dworkin.

⁴³ HYLAND, R., “Shall We Dance?”, *op. cit.*, p. 384.

Los partidarios del análisis económico del derecho afirman que toda decisión requiere una evaluación de los hechos no puramente jurídica. En su opinión, debe tenerse en cuenta el efecto estimulante o desestimulante que tendrá la decisión sobre los demás sujetos. Posner, en *Economic Analysis of Law*, sostuvo que, analizando la obra de los jueces, se descubre que lo que ellos han hecho siempre, si bien inconscientemente, fue elaborar normas para maximizar la riqueza. Consideran que muchas doctrinas y muchas de las instituciones que componen el sistema jurídico “se comprenden y se explican mejor como esfuerzos para promover la eficiente recolocación (*allocazione*) de las riquezas”.⁴⁴ En su reciente *The Problems of Jurisprudence*, el filósofo estadounidense presenta la maximización de las riquezas como la síntesis de todo valor que el juez puede proponerse conseguir: “no hay duda de que la mayor parte de los jueces (o de los abogados) piensa que el hecho que guía las decisiones del *common law* debiera ser un intuitivo sentido de justicia o de razonabilidad o un utilitarismo del caso en particular. Pero todas estas cosas pueden coincidir y un juez, puesto en apuros, probablemente tendría que admitir que lo que él denominaba utilitarismo era lo que yo estoy llamando maximización de la riqueza”.⁴⁵ De este modo se neutraliza la subjetividad del juez y se elimina la imprevisibilidad que ella comporta. Cualquier fin que el juez tenga intención de perseguir, si es razonable, convergirá hacia la maximización de las riquezas disponibles. El juego de prestidigitación se realiza suponiendo que el juez con su sentencia entiende producir una ventaja económica a favor de alguien. Para completar la obra es suficiente, como siempre en nombre de la razonabilidad, transformar la tesis descriptiva en normativa. A fin de cuentas, también en el utilitarismo clásico los límites entre teoría psicológica y filosofía moral han sido derribados sin heridas. Ya que los actores racionales tienden a fundar sus estrategias económicas en las decisiones de los tribunales, éstos deben tratar de imitar la lógica del mercado, es decir, deben decidir cómo las partes hubieran decidido si hubiesen podido recurrir a una transacción comercial para resolver el conflicto.

⁴⁴ POSNER, R.A., *Economic Analysis of Law*, Little Brown, Boston, 1973, p. 2021.

⁴⁵ Cfr. POSNER, R.A., *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1990, pp. 390–391.

En el tratamiento de los problemas jurídicos no se puede, entonces, no tener en cuenta los efectos de las soluciones propuestas —en el breve y en el largo plazo, tanto para los individuos como para el sistema— sobre la base de investigaciones empíricas en cuanto a los costos/beneficios y aplicando el criterio de la racionalidad medio/fin. El derecho, según este enfoque, está gobernado por la lógica económica y es ésta la que da certeza a las decisiones de los jueces. Cada tribunal tenderá a tomar la decisión que, considerando los efectos de corto y largo plazo, maximice la riqueza global. De todos modos, deberá tender hacia esta decisión porque es la única correcta.

También la teoría del derecho como integralidad, elaborada por Dworkin, parte implícitamente del tema del desafío de la incertidumbre y busca delinear una solución neutral y “apolítica” (en el sentido de no determinada por específicas *policies*). Va en búsqueda de criterios y de una metodología para resolver las controversias jurídicas, sin remitir la decisión a la personalidad y a la ideología de cada juez. Dworkin, como se sabe, comienza por una cerrada crítica al formalismo de Hart y sostiene que los ordenamientos jurídicos no pueden reducirse a meras estructuras normativas. En la misma línea de las posiciones realistas, Dworkin cierra el abanico de los elementos relevantes que los jueces pueden tener en cuenta al decidir las controversias, sosteniendo que los elementos que componen, junto con las normas, el ordenamiento jurídico son los *principles* y las *policies*. Los tres elementos, normas, principios y *policies*, son diferentes entre sí, pero también complementarios. Las normas, como en el enfoque formalista kelseniano, son válidas en cuanto están dadas según un procedimiento legal y deben su autoridad sólo a la deliberación que las establece. Los principios son válidos en cuanto corresponden a exigencias morales sentidas en un periodo particular y su peso relativo puede cambiar a lo largo del tiempo. Las *policies* “indican un objetivo a alcanzar, en general una mejora de algún aspecto —económico, político o social— de la vida de la comunidad”.⁴⁶ Empujado por la repulsión hacia la politización del

⁴⁶ Cfr. DWORGIN, R., *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977, tr. it. il Mulino, Bologna, 1982, p. 90.

derecho, vista como el elemento que comprometería la científicidad que caracteriza a toda la tradición jurídica occidental, Dworkin sostiene que los tribunales no deben fundar sus decisiones en las *policies*. Pueden, o mejor deben, invocar exclusivamente normas y principios. Estos últimos son fundamentales, porque permiten a los jueces individualizar los casos difíciles (*hard cases*) —aquellos casos que no podrían resolverse sobre la base de una norma sin cometer una injusticia—⁴⁷ y dan indicaciones sobre cómo resolverlos. En la teoría del derecho como integralidad, definida por Dworkin en *Law's Empire*, el derecho se concibe como una compleja actividad de interpretación, no dejada, sin embargo, a la discrecionalidad de los jueces, sino anclada firmemente en los principios, fruto de un preciso desarrollo histórico, que garantizaría la posibilidad para el “juez hercúleo”, esto es para el juez capaz de tener en cuenta todos los elementos relevantes, de tomar la “única decisión justa”. Una vez más, la subjetividad del juez resulta entrampada: su tarea, a la que debe atenerse rigurosamente, es, como en el caso del análisis económico, la de buscar la solución “justa”. La “verdad” no es, para Dworkin como para Posner, fácilmente identificable, pero la verdad existe y buscarla es tarea del juez. La suya queda como una operación “científica”, cambian solamente los parámetros a que debe atenerse.

Los enfoques estadounidenses se encuentran, entonces, unidos por la idea de que toda decisión judicial se propone un fin específico. Si la decisión resulta incapaz de alcanzarlo debe ser modificada y sustituida por una decisión judicial mejor. La preocupación por exorcizar la subjetividad del juez lleva a subordinar el derecho a otras disciplinas y a privarlo de su identidad funcional específica. El derecho es asimilado a la economía o a la filosofía moral, pero no es considerado como una actividad dotada de una “autonomía científica” propia, es cualquier cosa excepto “derecho”.

⁴⁷ Merece subrayarse, porque no siempre se percibe claramente, que para Dworkin los “casos difíciles” no son, como para los juristas europeos, esos casos para los cuales no se encuentra una norma, sino aquellos casos para los que la mera tarea de reconocimiento del jurista, que puede ser también muy banal, lleva a la individualización de una norma que produce resultados moralmente indeseables, indeseables a la luz de los principios.

6. Derecho como práctica *versus* derecho como decisión

Pretendo sostener que la supuesta incompatibilidad absoluta entre el Estado de derecho y las teorías realistas (con su sustrato hermenéutico que asume la centralidad de la figura del intérprete) depende en gran parte del hecho de que la mayoría de los jueces, consciente o inconscientemente, considera aún hoy el derecho, según lo escribiera Carl Schmitt hace más de noventa años,⁴⁸ “como una *regla*, o como una *decisión*, o como un *ordenamiento* y una *estructura* concreta”, o sea como un conjunto de reglas y decisiones. Si se acepta que la posibilidad de conceptualizar el fenómeno jurídico está limitada sólo a estas tres visiones del derecho, resulta automático caracterizar el enfoque realista como un enfoque decisionista. Es decir, como un enfoque, usando la definición de Schmitt,⁴⁹ que tiene “la tendencia a comprender todas las cuestiones jurídicas solamente desde el punto de vista de un “*caso conflictual*”, y a reducir el papel de la ciencia del derecho a mera recolección de materiales preparatorios de la decisión judicial “en torno al conflicto” (y no como guía para la decisión del caso). Para esta perspectiva,

⁴⁸ SCHMITT, C., *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1934, tr. it. parcial “I tre tipi di pensiero giuridico”, en *Le categorie del politico*, il Mulino, Bologna, 1972.

⁴⁹ *Ibidem.*, p. 265.

...las normas y las reglas implicadas en la fundamentación jurídico-científica de la decisión se tornan (...) simples puntos de vista para pronunciar decisiones acerca de conflictos, o sea material de prueba de tipo jurídico-científico, para fundar las decisiones judiciales. No existe más, entonces, una ciencia jurídica sistemática en sentido propio; todo argumento de ciencia del derecho no es más que un potencial fundamento para decisiones, en espera de un caso de conflicto.⁵⁰

El mismo jurista alemán mostraba el especial favor con que los juristas prácticos ven este estilo de pensamiento, por su tendencia a poner la ciencia jurídica “directamente al servicio de la praxis jurídica”. Utilizando un preciso método de recolección y de instrucción de los elementos, tanto fácticos como jurídicos, inherentes al caso, el jurista es libre de emitir una decisión adecuada a la litis concreta que tiene ante sí, decisión que, de todos modos, encuentra su propio “fundamento” normativo en la letra de una ley escrita. El decisionismo es, en la representación de Schmitt —sustancialmente compartida por los adversarios del realismo jurídico y por muchos de los realistas mismos— un estilo de pensamiento jurídico orientado “exclusivamente en el sentido de casos de choque o de conflicto”, un estilo de pensamiento por el cual el juez, cuando se encuentra frente a “un conflicto o bien a un choque de intereses —o sea, un concreto desorden—”,⁵¹ es llamado a restablecer el orden exclusivamente por medio de su decisión. La decisión que toma y que instaaura el orden, como escribe Schmitt,

...no puede ser deducida ni del contenido de una norma precedente, ni de un ordenamiento preexistente, de lo contrario ella sería simple auto aplicación de la norma ya en vigencia —desde el punto de vista normativista—, o bien —desde el punto de vista de la idea concreta de ordenamiento— expresión de un ordenamiento ya dado y, en consecuencia, no sería instauración sino restauración del orden. Por tanto, la decisión soberana no puede explicarse, desde el

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ *Idem.*

punto de vista jurídico, sobre la base de una norma ni en base a un ordenamiento concreto, ni puede insertarse en el ámbito de un ordenamiento concreto.⁵²

Schmitt justifica, precisamente con base en esta posibilidad de afirmación de la visión subjetiva del juez —que le llegara probablemente de los primeros realistas—, su abandono del enfoque decisionista en favor de una especial concepción institucional (bien distinta del institucionalismo de Hauriou y del de Santi Romano), que hace de la decisión una proyección no de las idiosincrasias de un particular decisor, sino de la concepción del orden inmanente en una determinada comunidad.⁵³

Pero lo que aquí nos interesa no es tanto la concepción schmittiana del derecho, como su observación de que el normativismo debe su gran prestigio al hecho de presentarse como “impersonal y objetivo, mientras que la decisión es siempre personal y los ordenamientos concretos son suprapersonales”. En el momento en que emerge el desafío de la incertidumbre, uno de los más grandes juristas del siglo XX equipara la contraposición entre normativismo y realismo a aquella entre “la justicia impersonal y objetiva” y “el arbitrio personal del decisor”. También quien fuera el teórico del decisionismo, al aparecer el desafío de la incertidumbre, proclama la superioridad de la pretensión normativista de que sea “la ley la que gobierne y *no los hombres* (...): sólo la ley y no la necesidad con-

⁵² *Ibidem.*, pp. 263–4.

⁵³ El punto de referencia de Schmitt (*Ibidem.*, pp. 261–2) son las concepciones antiguas y cristianas, para las cuales “el orden de mundo” era el “presupuesto de la decisión”. En éstas, “la idea de que no existe otra cosa antes de la decisión ya era previamente limitada y relativizada por la idea de orden; la decisión misma se volvía expresión de un *orden* presupuesto”. Pero la doctrina que propone se seculariza, el orden a tomar como punto de referencia no es el orden divino, sino más bien el orden de aquellos “sectores de la vida que se han venido formando (...) de modo institucional”. Tales ámbitos de la vida —sostiene— “tienen una sustancia jurídica propia que, por cierto, conoce también normas y regularidades generales, pero sólo como expresión de esta sustancia, sólo en base a su orden interno concreto, que no es la suma de esas reglas y de esas funciones” (*Ibidem.*, pp. 257–8).

tingente, cambiante, de esta o aquella situación o directamente el arbitrio de los hombres, puede “gobernar” y “mandar”.⁵⁴ El reproche que Schmitt formula al normativismo no es el haber restablecido, contra el subjetivismo del intérprete, “la máxima de Píndaro sobre el *nomos basileus*, sobre el *nomos re*”, por él definida como “una de las más bellas y más antiguas expresiones del pensamiento jurídico”, sino el haber interpretado esta máxima de modo “normativista”, es decir, haber hecho “del Estado de derecho un Estado de la ley”.⁵⁵

Pienso que el análisis hermenéutico permite desmitificar el riesgo enfatizado por los juristas del siglo XX, desde Schmitt a Hart, y definir una concepción realista del Estado de derecho. Es importante observar que esta operación supone la elaboración de una nueva concepción del derecho (la cuarta, respecto del esquema schmittiano). El derecho, como lo subrayara Fish,⁵⁶ no debe entenderse ni como decisión, ni como norma, ni como ordenamiento, sino como “práctica” social. Según el enfoque hermenéutico, ninguna norma positiva es por sí misma “capaz de proporcionar directivas para la acción”. Sólo la interpretación permite a los textos normativos preservar su propia razón de ser, de ser derecho.⁵⁷ La capacidad del derecho para guiar las acciones humanas es confiada no a soluciones monológicas y absolutistas, sino a una subjetividad–objetividad de la comprensión, garantizada y controlada dentro de un contexto comunitario en el cual el derecho es elaborado y vivido. Es central el rol de la “comunidad interpretativa”, o de la “comunidad de la interpretación jurídica”, usando la denominación de Viola y Zaccaria,⁵⁸ es decir, de una comunidad cuya más o menos compleja práctica discursiva confiere sentido al derecho.

⁵⁴ *Ibidem.*, p. 252

⁵⁵ *Ibidem.*, pp. 253–3

⁵⁶ Véase también VIOLA, F., *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990.

⁵⁷ Cfr. VIOLA, F. y ZACCARIA, G., *Diritto ed interpretazione...*, *op. cit.*, p. 175.

⁵⁸ *Ibidem.*, p. 192. Para una discusión de las tesis de Viola y Zaccaria, véase Cappellini, P., “L’interpretazione inesauribile ovvero della normale creatività dell’interprete”, en *Ars Interpretandi*, 6, 2001 (ahora publicada en una versión al español de José Ramón Narváz Hernández en *Criterio y Conducta*, Revista semestral del Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial, No. 7, enero–junio, SCJN, México, 2010).

Tal concepción del derecho implica necesariamente una “repersonalización” de la praxis jurídica y de sus resultados contra la aniquilación antropológica sostenida por el paradigma Rousseau–Montesquieu. Como escriben Viola y Zaccaria:⁵⁹

...en el discurso público los argumentos razonables para aplicar y justificar una norma tienen la posibilidad de ser aceptados solamente entre partes razonables. En este sentido, todo aquello que es elaborado, sostenido y aprobado por la comunidad de los juristas evoca sin duda los *endoxa* aristotélicos (Perelman). Se trata, en efecto, de opiniones notables, expresadas por los más, o en todo caso por aquellos que tienen prestigio en un determinado ámbito. Pero, precisamente aquí se evidencia también su límite. Tales *endoxa* deben considerarse como elementos tópicos, desde los cuales deben partir la reflexión y la argumentación, salvo que se los considere como instrumentos de arbitrio, en poder de quienes, en ese ámbito específico, precisamente por su prestigio, terminan resultando los más fuertes (...). La racionalidad no es ya prerrogativa de un sujeto individual —sólo el legislador, sólo el juez— sino que configura una tarea articulada, que necesita la colaboración de una pluralidad de sujetos y que, justamente para ver reconocidas sus propias buenas razones, no puede referirse a una única, exclusiva razón, capaz de dar cuenta de todo.

Si se acepta el enfoque hermenéutico, debe reconocerse que en un cierto sentido Hart tiene razón: el juez (y quienquiera sea llamado a interpretar la ley) tiene, como sostienen los realistas americanos, un poder normativo. Cuando desarrolla su propia función, el juez no se encuentra constreñido por las palabras del texto normativo y actúa bajo el influjo de sus propias preferencias personales. En última instancia, el argumento decisivo es la fuerza de persuasión que ejerce el intérprete, cualquiera sea su fuente. El criterio último es, como sostienen los realistas políticos, la “fuerza” de los actores en juego. Pero, al mismo tiempo, la perspectiva hermenéutica nos muestra que este mundo —el mundo en que la interpretación y la deliberación se apoyan en última instancia sobre la “fuerza”— no es tan terrible como lo pinta Hart.

⁵⁹ VIOLA, F. y ZACCARIA, G., *Diritto ed interpretazione...*, *op. cit.*, pp. 193–4.

La praxis de la comunidad interpretativa conecta a sus miembros con una específica tradición jurídico–institucional: “la comunidad interpretativa dicta las reglas constitutivas, o sea la “gramática” fundamental que sostiene y define la praxis del juzgar”.⁶⁰ Es esta “gramática” la que delimita el ámbito del conflicto de interpretación, define líneas interpretativas dotadas de una cierta persistencia e indica los posibles recorridos evolutivos de la praxis jurídica. Está compuesta por criterios de distinta naturaleza, elaborados por la cultura jurídica presente en un determinado país y en un específico momento histórico, que, especialmente en las modernas sociedades de mercado, reafirman la exigencia general de previsibilidad del derecho, limitando la creatividad del intérprete. Se podría hablar también de “racionalidad” jurídica, pero con el cuidado de distinguirla netamente de la “lógica” jurídica; se trata de una racionalidad justificativa y argumentativa que constituye, de todos modos, un límite al ámbito de acción del juez, ya que le indica recorridos que hacen “legítima” su decisión tanto a los ojos de quienes detentan el poder político (garantizando por tanto su independencia), como a los ojos de los ciudadanos, más propensos a aceptar una decisión “racionalmente justificable”.

Discutir el enfoque formalista supone rechazar tanto la idea de que las palabras tienen un significado autoevidente, como toda otra tesis ligada a esta teoría, en primer lugar las tesis referidas al modelo de actor social y a la descripción del proceso decisional. El actor jurídico que postula el enfoque normativista es el esbozado por la teoría emotivista, entre los siglos XIX y XX. Es un sujeto caracterizado como un conjunto de deseos que deben ser refrenados por algo independiente, como la racionalidad o la ley, para que sus acciones puedan ser socialmente compatibles y no puramente egoístas. Este modelo antropológico tiene una larga historia. En otro lugar he sostenido que su historia coincide con la de la modernidad y que ha sido el eje alrededor del cual giró todo el debate sobre el orden liberal.⁶¹

⁶⁰ *Ibidem.*, p. 192.

⁶¹ SANTORO, E., *Autonomia individuale, libertà...*, *op. cit.* Alasdair Mac Intyre (*After Virtue. A Study in Moral Theory*, University of Notre Dame Press, Indiana, 1984, tr. it. Feltrinelli, Milano, p. 27) sostiene que ha sido Hume el primero en introducir elementos emotivistas en la amplia y compleja

La conceptualización realizada por la teoría emotivista no es más que la última de un modelo antropológico que, a partir de Hobbes y (contradictoriamente) Locke, pasando a través de Hume, ha sido la admisión tácita de toda la teoría político-jurídica liberal. Se trata de “la imagen filosófica de un hombre estático que existe como adulto sin haber sido nunca niño”,⁶² que no se transforma creciendo y que no está sujeto a ningún proceso de socialización, de interiorización de las normas y de las modalidades conductuales propias de la comunidad en que vive. Dado este modelo antropológico, normas, leyes y principios son vínculos necesarios para mantener controlados los impulsos naturales de los individuos (deseos, prejuicios y preconceptos). Las personas responsables (racionales)⁶³ son aquellas que aceptan estos vínculos y los usan como criterios para decidir cómo conducirse. Las personas irresponsables (irracionales) son aquellas que los rechazan y hacen prevalecer sus preferencias personales.

El emotivismo se apropia de este modelo antropológico y lo transmite a las diferentes teorías neopositivistas, las cuales lo transforman en el complemento natural de la idea de que el significado de las aserciones puede ser reconducido al significado de las palabras que las componen. Para la doctrina emotivista “todos los juicios de valor y, más específicamente, todos los juicios morales, no son más que expresiones de una preferencia, expresiones de una actitud o de un sentimiento y justamente en esto consiste su carácter de juicios morales o de valor”. Esta doc-

construcción de su doctrina moral moderna, pero que sólo en nuestro siglo el emotivismo se ha desarrollado como teoría independiente. Si es cierto que Hume es seguramente el precursor de la doctrina emotivista, las raíces de ésta coinciden con las del voluntarismo y, por tanto, en mi lectura, con las de la modernidad antropológica; testimonio de ello son las tesis de Hobbes (pero también de Locke) sobre lo que es “bueno”. Sobre la antropología emotivista, veáse WARNOCK, M., *Ethics since 1900*, Oxford University Press, Oxford, 1979.

⁶² ELIAS, N., *Die Gesellschaft der Individuen*, Suhrkamp, Frankfurt, 1987; tr. it. il Mulino, Bologna, 1990, p. 229.

⁶³ Para toda la teoría contractualista clásica, fundada en la equivalencia entre ley racional y ley natural, racionalidad contemporánea (para el último Rawls, razonabilidad) y moralidad son sustancialmente coincidentes.

trina se combina perfectamente con la neopositivista,⁶⁴ según la cual “los juicios empíricos son verdaderos o falsos; y en el reino de los hechos existen criterios racionales, mediante los cuales podemos garantizar el acuerdo respecto de lo que es verdadero y lo que es falso. Pero, los juicios morales, siendo expresión de actitudes o de sentimientos, no son ni verdaderos ni falsos y el acuerdo sobre el juicio moral no puede ser garantizado por ningún método racional, ya que éste no existe”.⁶⁵ La idea de que el sujeto, al aprender un lenguaje no aprende una “forma de vida”, usando la terminología del segundo Wittgenstein, es el presupuesto lógico del intento de elaborar un lenguaje enteramente formalizado.

Esta combinación, definida a comienzos del siglo XX, entre modelo emotivista del sujeto y teoría neopositivista del significado, condicionó profundamente el debate jurídico del siglo. En este cuadro, conforme con la tradición iluminista del juez “boca de la ley”, no ha sido difícil proponer un modelo de jurista que, para realizar su tarea de manera correcta, debe apartar sus propios sentimientos y tomar sus decisiones aceptando las normas como “riendas” de su voluntad. El freno al poder del Estado presupone el freno a la voluntad individual y coincide con él. El héroe de la concepción Rousseau–Montesquieu es el juez que se encuentra frente a un sujeto cuyas acciones desprecia, pero a quien, no obstante, le da la razón porque el derecho que ha examinado atentamente le ordena hacerlo. El héroe es el juez que acepta las sujeciones abstractas y neutrales que el derecho impone a sus preferencias personales. La oposición está, entonces, entre preferencias personales y normas jurídicas, y ésta, cada vez que se presenta, no es más que una manifestación de la gran contraposición entre una sociedad civil y una sociedad anárquica fundada en el arbitrio individual.

⁶⁴ Es emblemática la tesis Carnap, que caracteriza los enunciados morales como expresiones de sentimientos o actitudes en el “intento desesperado de encontrar para ellos un estatus cualquiera, después de que sus teorías del significado y de la ciencia los habían expulsado de la esfera fáctica y de la descriptiva”. MAC INTYRE, A., *After... , op. cit.*, p. 32. Además no se puede dejar de citar el célebre fin del *Tractatus* de Ludwig Wittgenstein quien, adoptando la teoría emotivista, elimina los sentimientos de los argumentos mismos en torno a los cuales puede hablarse de modo sensato.

⁶⁵ MAC INTYRE, A., *After... , op. cit.*, p. 24.

Como destaca Fish,⁶⁶ las dificultades que asustan a Hart y a los otros partidarios del modelo Rousseau–Montesquieu desaparecen si el derecho es considerado una tarea hermenéutica, si se asume como central la noción de “práctica jurídica”. El desafío de la incertidumbre se perfila en términos completamente diferentes si se concibe la labor interpretativa del jurista como una operación realizada en el contexto de una “práctica”. Las operaciones que forman parte de una “práctica” (y todas las acciones forman parte de alguna práctica) se cumplen automáticamente, en el sentido de que no tienen como fundamento alguna reflexión explícita sobre las formaciones histórico–sociales que les sirven de contexto. Dada una formación histórico–social, los proyectos y las decisiones subjetivas no dependen de una reflexión específica sobre alguna teoría omnicomprendiva y abstracta, sino que se cumplen con absoluta naturalidad.

El enfoque hermenéutico socava los fundamentos del planteo normativista. La pregunta decisiva, el granito de arena que lo desestabiliza es: ¿qué es una “preferencia” personal? ¿De dónde nace? Para que la oposición entre civilización y arbitrio tenga sentido, la respuesta debe ser —como se ha sostenido desde Hobbes a Locke, Hume, y los emotivistas— que las preferencias personales no provienen de ningún lugar; son idiosincrasias del sujeto sobre las que las normas jurídicas y sociales no ejercen influencia alguna. Si así no fuere, la oposición entre la figura del juez arbitrario y la del juez “boca de la ley” (o “boca de la Constitución”) no sería tan neta y los límites entre las dos alternativas serían muy difíciles de trazar. Pero no es creíble que las preferencias personales se formen de modo independiente del contexto de un sistema de pensamiento y de tradiciones que las hace pensables y, por tanto, posibles como preferencias.

El héroe del planteo normativista es el juez Parker, elevado por Kenny Hegland⁶⁷ a estandarte de la lucha contra “las posiciones deconstructivistas —según

⁶⁶ FISH, S., *Doing What Comes...*, *op. cit.*, p. IX.

⁶⁷ HEGLAND, Kenny, “Goodbye to Deconstruction”, en *University of Southern California Law Review*, 58, 1985, p. 213.

las cuales la doctrina jurídica no condiciona las decisiones de los jueces—”, porque absuelve al demandado que no mantuvo la promesa de ayuda formulada a un sujeto con el hijo moribundo, por considerar que la promesa no era legalmente vinculante, anteponiendo así el derecho a sus valores morales. Como lo subraya Fish,⁶⁸ la aversión del juez Parker por el demandado es difícilmente concebible como algo nacida *ex abrupto* en su cabeza. Es, más bien, el fruto de un sistema de obligaciones que el juez Parker internalizó, así como internalizó la doctrina jurídica que ahora entiende debe aplicar. El conflicto no está entre una obligación y una preferencia individual, sino entre dos obligaciones, una de las cuales vence, porque es percibida, en esa circunstancia específica, como el eje de la actividad profesional que el juez está desarrollando. Es difícil imaginar que pueda existir algo que sea una preferencia personal y que no tenga en su origen un sistema de creencias normativas que la genera.

Hegland comete el mismo error que Jean Paul Sartre, cuando éste en *L'Existentialisme est un Humanisme* discute el célebre ejemplo del joven que debe elegir entre atender a la madre enferma y unirse a la resistencia contra los nazis. El filósofo francés sostiene que no existe criterio alguno que permita al joven elegir entre estas dos fidelidades y que él a través de su propia elección “radical”, o sea a través de una elección realizada sin seguir criterio intersubjetivo alguno, escuchando sólo su propio interior, crea sus valores.⁶⁹ En realidad, en la situación imaginada por Sartre como en el caso del juez Parker, la ausencia de criterios que puedan guiar al joven en la elección no se debe a la ausencia de valores preconstituidos, sino a su presencia. Si verdaderamente el individuo en tales situaciones se autoconstruyera “sus propios principios morales” no existiría acuerdo sobre el hecho de que él se encuentra frente a un “dilema”, de que no existen criterios para realizar la elección: cada cual pensaría tener un correcto criterio propio.

⁶⁸ FISH, S., *Doing What Comes...*, *op. cit.*, p. 11.

⁶⁹ Para la discusión de la teoría emotivista de Sartre, como un caso típico de la antropología emotivista, véase WARNOCK, M., *Ethics since 1900*, *op. cit.*, pp. 104–127. Para una discusión del ejemplo de Sartre me permito remitir a SANTORO, E., *Autonomia individuale...*, *op. cit.*, pp. 54–5.

Basta reflexionar sobre qué pensaríamos si la elección que deberían hacer el joven de Sartre o el juez Parker se refiriera a una alternativa no entre dos “valores”, sino entre un “valor” y una conducta “moralmente neutra” o hasta “inmoral”. Si Sartre hubiera presentado al joven como indeciso entre asistir a la madre enferma e ir de paseo a los burdeles de Tailandia, y si el juez Parker hubiera debido juzgar a alguien que no había cumplido la promesa de ayudar a otra persona a emprender ese mismo paseo, no sería concebible una presentación de los dos, el joven y el juez, como empeñados en una “elección radical”, vale decir como comprometidos en la elección entre una obligación, moral o jurídica, y un “valor” autónomamente creado. No existiría ningún “dilema”, porque a nadie se le ocurriría sostener que el joven no se encuentre moralmente obligado a asistir a la madre y que el juez esté jurídicamente constreñido a imponer al demandado el cumplimiento de la acción prometida. El problema no sería “¿cuál elección realizar en tal situación?”, sino, como lo subraya Charles Taylor,⁷⁰ “si hacer o no lo que debemos hacer”. Las reglas morales, como observa Gerald Dworkin,⁷¹ y la misma consideración vale para las jurídicas en un contexto diferente (o sea, en una distinta comunidad interpretativa), “se fundan en la mutua convergencia de los modelos de comportamiento (...). Ellas proporcionan aquellos estándares comunes usados para las críticas recíprocas y para las demandas de obediencia. Todo ello excluye la intervención individual”.

Sostener, según la perspectiva del juez Parker, que la promesa del actor no es jurídicamente irrelevante quiere decir adoptar una visión de la vida social que no es por cierto neutral e impersonal. Según esta visión las partes de un contrato son mutuamente recelosas y negocian para obtener cada una las mayores ventajas posibles. El altruismo y la confianza recíproca no son presupuestos que deben

⁷⁰ TAYLOR, Charles, “Responsability for Self”, en RORTY, A. O., *The Identities of the Persons*, University of California Press, Berkeley, 1976, pp. 281–99, ahora en WATSON, G. (edit.), *Free Will*, Oxford University Press, Oxford, 1982, 121.

⁷¹ DWORKIN, G., *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, p. 37.

guiar al intérprete del contrato. Para algunos teóricos estos “principios” no son verdaderos y propios “principios”, para otros son indispensables para el correcto funcionamiento del mercado. Lo que para unos es un “principio moral”, para otros es una ilegítima preferencia personal. Cualquier clasificación que trace una línea de demarcación entre principios y preferencias, es (ella misma) expresión de intereses y visiones personales. En cierto sentido, todas las preferencias son expresiones de principios, en cuanto tienen origen y son comprensibles como articulaciones de alguna visión del mundo. Y todos los principios son preferencias, en cuantos elementos de una visión opinable del mundo. Ninguno de ellos deriva de una filosofía universal.⁷² Si en un cierto periodo histórico prevalece una determinada caracterización teórica, esto sucede porque alguna no desinteresada afirmación de principio se ha impuesto con la fuerza sobre alguna otra. En este sentido la “fuerza” es el factor determinante en la disputa. Pero esta afirmación no aparece como cínica cuando la “fuerza” no se expresa a través de la violencia bruta. La “fuerza” usada por el jurista no es la violencia, como parece sostener Hart, colocándola en un mismo plano que el revólver en las manos del ladrón. Tal equiparación tiene sentido sólo a la luz de una concepción que, como la emotivista, considera “no racional” y por tanto no controlable, todo efecto producido por la influencia de alguien sobre las emociones o las conductas de otros. La “fuerza” que sirve para ganar las disputas argumentativas es comúnmente el conjunto de sugerencias y motivaciones de algún punto de vista, de alguna visión global del mundo, de fines, objetivos, razones, en resumen de todos aquellos atributos a los que se contrapone usualmente la fuerza.⁷³

Una vez que la contraposición entre principios y fuerza ha sido deconstruida, una serie de problemas cambian de aspecto, primero entre todos el problema de las sujeciones que el juez encuentra en su actividad, las que, según el enfoque for-

⁷² He discutido la distinción entre “preferencias” y “valores”, y la idea de un orden jerárquico de preferencias en “Per una concezione non individualistica dell’autonomia individuale”, *Rassegna Italiana di Sociologia*, n. 3, 1991.

⁷³ Cfr. FISH, S., *Doing What Comes...*, *op. cit.*, p. 12.

malista, deberían impedir a un individuo, entendido como un confuso conjunto de deseos, el comportarse a su antojo, o sea sin ningún principio. Pero, si deseos y preferencias no pueden tomar forma independientemente de alguna filosofía normativa, la identidad del individuo, en cuanto constituida de deseos, es por definición compuesta por principios y, por tanto, por vínculos que delimitan la acción del individuo mismo: no es necesaria ninguna otra sujeción para dirigir la acción, además de aquellas que fueron ya internalizadas. Como subraya Fish, ésta es probablemente la consecuencia más sorprendente que deriva del rechazo de la idea de que existen vínculos independientes (y, por tanto, de que existe un significado literal de las palabras). Esta posición, lejos de configurar un mundo sin frenos, nos coloca en un mundo en que los frenos están siempre presentes, bajo la forma de imperativos y prohibiciones que acompañan todo punto de vista (y asumir un punto de vista no es cosa que pueda evitarse). Cuando el juez Parker pronuncia su veredicto, no se encuentra en modo alguno “libre” de percibir los hechos como le parezca. Desde el momento en que echa una mirada al caso, está influenciado por el modo de pensar que deriva de su pertenencia a la comunidad de los juristas y que ahora asume inconscientemente. Mira el caso a través de anteojos jurídicamente coloreados, anteojos sin los cuales él no puede ver ninguna cosa salvo poniéndose otros, que le proporcionarán otra visión, no menos convencional y no menos involuntaria. No existe modo de ver “personal” alguno: todo modo de ver está influenciado por la práctica o el conjunto de prácticas, por los principios definitorios que las constituyen (objetivos, fines y prohibiciones). No existe, pues, necesidad alguna en abstracto de que un juez sea constreñido por límites externos: algunos límites son parte constitutiva de su personalidad y en especial lo son aquellos que hacen de él un juez.

El jurista produce su discurso como sujeto perteneciente a una comunidad profesional específica, precisamente la de los juristas, como sujeto cuyo rol está definido por una densa red de acciones, interacciones y reconocimientos. Su discurso refleja los conflictos, las solidaridades, las relaciones de poder, los esquemas de comportamiento, los valores, las normas socialmente compartidas típicas de su ambiente.

Usando las palabras de Costa,⁷⁴ es “dentro de la densa y viscosa amalgama de la interacción social donde el discurso jurídico toma forma, es leído, usado, produce sus efectos”.

Entre los iusrealistas es Alf Ross, sobre todo, quien abre la puerta, aunque tímidamente, a una concepción no decisionista del derecho.⁷⁵ El jurista danés introduce, en efecto, la noción de “conciencia jurídica formal” y de “ideología normativa”⁷⁶ para indicar los cánones típicos de la cultura jurídica de un determinado país, que son internalizados por los operadores del derecho de ese país y guían por tanto su acción, influenciando el proceso decisional de los tribunales, creando en pocas palabras un “estilo de pensamiento” capaz de hacer aparecer las decisiones judiciales como expresiones del derecho, además de expresiones de la voluntad de un juez en particular. Por tanto, puede considerarse la noción de “conciencia” de Ross como un equivalente del “estar inmerso en una práctica” de Fish. Debe subrayarse, sin embargo, que Ross no rompe con la tradición neopositivista; al lado de la “conciencia jurídica formal” él pone la “conciencia jurídica material” o “moral”, presentada como el simulacro de la subjetividad “emotivista” del actor, que sigue siendo relevante cuando está actuando como operador jurídico. La operación con que Ross intenta salvar el enfoque neopositivista, liberalizándolo, es doble. La praxis no es relevante en cuanto “práctica” (Fish), en cuanto *Denkkollektiv*

⁷⁴ COSTA, P. “Discorso giuridico e immaginazione...”, *op. cit.*, p. 32.

⁷⁵ ROSS, A., *On Law and Justice*, Steven & Steven, London, 1958, tr. it. Einaudi, Torino, 1990. También Karl Olivecrona en la última edición de *Law as Fact* (tr. it. *La struttura dell'ordinamento giuridico*, Etas, Milano, 1972) parece ir en esta dirección. Especialmente, la equiparación entre la noción de “derecho subjetivo”, su contenido normativo y el valor de la moneda parece abrir la perspectiva de una concepción del derecho como práctica. Pero también son fundamentales las remisiones a J. Austin (*How to Do Things with Words*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1962, tr. it. Marietti, Genova, 1996), contenidas en esta edición de Olivecrona y ausentes naturalmente de la primera de 1939.

⁷⁶ La ideología normativa, según ROSS, A., (*On Law and...*, *op. cit.*, p. 72), “constituye el fundamento del sistema jurídico y consiste en directivas que no conciernen directamente al modo de resolver una controversia jurídica, sino que indican el modo según el cual el juez deberá proceder para descubrir la directiva o las directivas relevantes para la controversia de que se trate”.

(Fleck), “juego lingüístico” (Wittgenstein),⁷⁷ sino en cuanto elemento constitutivo de la voluntad del sujeto. Toda “práctica”, no sólo la jurídica, en que un individuo está implicado, es considerada como elemento condicionante de sus voliciones. Ross considera, sin embargo, que para entender la tarea de los jueces es posible limitar el análisis solamente a dos contextos de prácticas: por una parte la práctica de los operadores del derecho, que él denomina “conciencia jurídica formal”, y por la otra todas las prácticas en que el magistrado está inmerso, más bien —rectifico— los elementos de todas estas prácticas que vienen a interferir con su tarea de juez, que Ross llama la “conciencia jurídica material o moral”. La segunda operación, que utiliza la metáfora de la composición de las fuerzas divergentes en la determinación del movimiento, para representar la interacción entre las dos conciencias, consiste en configurar toda decisión del juez como determinada por su voluntad, por sus intenciones, como lo pretende la concepción emotivista. La “práctica” —el juego lingüístico— queda sobre el fondo, no se constituye en factor principal. La “práctica” jurídica —el juego lingüístico de los

⁷⁷ La idea de comunicación dotada de sentido, garantizada por nada más que un espacio intersubjetivo común es, de cualquier modo se la quiera definir, la noción de ruptura con la concepción formalista que permite teorizar el derecho como práctica. En general, esta noción permite teorizar un cuarto estadio de la noción de “normatividad”. Su primer estadio es aquél “en que la teoría y la praxis axiológicas, y en especial las morales, contienen auténticos modelos objetivos e impersonales, que proporcionan una justificación racional a estrategias, acciones y juicios particulares, y son —a su vez— justificables racionalmente”. (MAC INTYRE, A., *After... op. cit.*, p. 32.) Este estadio, que encuentra en el tomismo su última expresión, se interrumpe con la irrupción de la subjetividad voluntarista o emotivista. El segundo estadio, para el cual puede asumirse como emblema el contractualismo liberal, se caracteriza por los vanos esfuerzos por neutralizar esta subjetividad y mantener la objetividad y la impersonalidad de los juicios morales. El mismo está caracterizado por los continuos fracasos del intento de aportar justificaciones racionales, mediante modelos y por estos mismos modelos. El tercer estadio es el que se desarrolla a comienzos del siglo veinte con la consolidación de las teorías emotivistas, del normativismo iuspositivista y del neopositivismo. Se caracteriza por la comprobación, a menudo implícita, de que las pretensiones de objetividad e impersonalidad ya no son sostenibles “racionalmente”, comprobación que deja a la normatividad sin fundamentos diferentes a técnicas persuasivas irracionales más o menos solapadas. La idea de que los parámetros de la objetividad y de la racionalidad son en efecto locales e intersubjetivos permite recuperar la posibilidad de desarrollar discursos argumentados, pero no “racionales” en sentido objetivo, en torno a la normatividad.

juristas— no es más que un elemento fundamental que sirve para reconstruir la intención del sujeto. Cuando éste debe actuar como operador del derecho, la práctica jurídica es considerada como uno de los dos factores que determinan sus intenciones. El segundo factor está representado por el conjunto de todas las demás “prácticas”, de todos los otros juegos lingüísticos en que el sujeto está involucrado. Este esquematismo permite a Ross salvar la idea emotivista de un sujeto dominado por sus creencias y por sus deseos, calificados como elementos “subjetivos”, pero al mismo tiempo le consiente liberarse de la idea normativista de textos que imponen al juez su significado objetivo. El derecho sigue siendo un elemento externo a la personalidad del jurista, pero ya no está identificado con el texto normativo; es filtrado por la “conciencia jurídica formal”, o sea por la “ideología normativa” de una determinada comunidad de juristas, cuya internalización permite que aparezcan como jurídicas las decisiones de los tribunales y, por tanto, previsibles en un determinado contexto y no como idiosincrasias arbitrarias.

Merece subrayarse que las respuestas al desafío de la incertidumbre intentadas por los juristas estadounidenses son un retroceso respecto de la conclusión a que había llegado Ross. Aun cuando aceptan la idea de que las decisiones de los tribunales son el producto de una determinada cultura jurídica, los teóricos estadounidenses parecen partir de la convicción de que no todos los límites y no todos los principios son iguales y dotados de igual fuerza. El juez, como parte de la comunidad de los juristas, se encuentra “embridado” por los débiles límites de la práctica, límites que derivan de modos de pensar y de actuar locales, históricamente acotados en el tiempo. Dworkin, Posner y sus seguidores, conforme con una secular tradición liberal, parecen pensar que en general el comportamiento “responsable” (racional, moral) es aquél que va más allá de los horizontes locales y contingentes y se inspira en principios más generales (la lógica, la ética, la razón), principios que agregarían un límite de mayor rango del que ya contiene la praxis. La racionalidad económica en el largo plazo —o la “moralidad”— de la decisión son “principios” y son, por tanto, diferentes de los cánones de la praxis jurídica que guían a los tribunales.

Estas tesis no tienen en cuenta el hecho de que, cualquiera sea el principio al que los actores jurídicos recurren, el mismo es un “principio” sólo en cuanto se encuentra legitimado con anterioridad y no por pertenecer por sí mismo a un rango superior al reconocido con anterioridad por la práctica jurídica. No existen principios o vínculos de “grado superior”, sino sólo principios y vínculos “diferentes”, presentes dentro de prácticas diferentes de aquella en que el actor está inmerso. Es imposible concebir un vínculo (una norma de derecho, un principio) sin asumir un contexto de prácticas en relación al cual resulta comprensible. Cada vez que se invoca un vínculo externo o independiente, lo que en realidad se invoca es un proyecto diferente ya articulado en principios, criterios de evidencia, reglas, etcétera. Que la operación tenga éxito o no es una cuestión política, condicionada por complejas contingencias históricas. Posner y Dworkin ejercen, por así decirlo, su “voluntad de poder”. Buscan convencernos de tomar como parámetros jurídicos los principios que ellos recomiendan.

7. La comunidad de los intérpretes

La noción de “práctica” es utilizada por Fish para subrayar que el jurista no construye el derecho o, más radicalmente, el texto normativo que usa, moviéndose en una tierra de nadie, eligiendo libremente los textos a que referirse y los procedimientos de lectura “con base en los cuales justificar sus interpretaciones. Considerar la actividad interpretativa del jurista como una “práctica” permite “ver”, como escribe Costa,⁷⁸ que:

...el jurista decide, en un único movimiento, acerca del texto, de sus límites, de sus características, de su uso: el jurista construye el texto como texto “propio”, como texto para sí, en el momento en que lo “conoce” y, viceversa, conoce el texto en cuanto lo ha individualizado, lo ha fijado en su función de texto [en nuestro caso, de texto prestigioso, prescriptivo, jurídico, etcétera], lo ha constituido en su aparente objetividad.

El saber jurídico, una vez liberado de los obstáculos que lo reducen a una empresa de mero reconocimiento, se configura como un discurso que incluye en sí

⁷⁸ COSTA, P. “Discorso giuridico e immaginazione...”, *op. cit.*, pp. 18–9.

procedimientos referidos a las modalidades de individuación de los textos “normativos”, y “reglas” acerca de los criterios de lectura de estos textos. El jurista construye el texto prescriptivo y es, al mismo tiempo, por decirlo así, “construido” por el texto jurídico y por el modo de leerlo. Este es un punto central de la posición de Fish, aunque no se encuentra expresado con suficiente claridad analítica. Fish no distingue los dos planos, el sociológico y el propiamente epistemológico, que concurren a delimitar el ámbito de acción del jurista, de modo que sus tesis parecen banales (“el jurista es el producto de su ambiente social”) o excesivas (“el jurista no es más que una marioneta de la cultura jurídica de un determinado ambiente”) y se prestan a ser miradas con terror por los sostenedores del Estado de derecho.

En el aspecto sociológico es difícil no reconocer que los procedimientos de construcción y de lectura son ampliamente predeterminados por la situación en que efectivamente opera cada jurista, por su ser “jurista” en un determinado momento y en un determinado ambiente. Ser juez quiere decir, precisamente, haber aprendido un determinado lenguaje, un determinado conjunto de técnicas interpretativas, específicas modalidades de colocarse frente a los eventos, de “leerlos” y, al mismo tiempo, haber comprendido cuáles son los instrumentos básicos, los textos (expresión que debe entenderse en sentido lato) que son fuente del derecho, a los que recurrir para resolver los problemas que se le presentan en cuanto jurista. El juez construye su propio texto como texto jurídico, atribuyéndole un significado, lo interpreta y, por tanto, lo rescribe a partir de su propio *habitus* de jurista y en función del mismo. Ser jurista quiere decir haber aprendido que, cuando se mira la realidad como operadores del derecho, se debe usar un determinado tipo de anteojos y hacerlo automáticamente toda vez que se es convocado a ser “jurista”.

El jurista es, pues, el punto de unión de un mecanismo de doble reconocimiento. Como subraya Costa,⁷⁹ “en el momento en que un sujeto, un grupo de

⁷⁹ *Ibidem.*, p. 19.

sujetos, construye una serie de textos como el punto de referencia de su propia actividad cognoscitiva, ese sujeto, ese grupo de sujetos se constituye como grupo socialmente designado para conocer “autorizadamente” ese ámbito de experiencia al cual refieren los textos”. Este grupo profesional, la “comunidad de los intérpretes”, tiene una importancia fundamental porque, como lo pone en evidencia Fish, el discurso jurídico se define en su método, en su estilo, en su objeto, en fin, en su paradigma, gracias a los estándares de reconocibilidad y de aceptación elaborados vez por vez. El discurso es, al mismo tiempo, expresión e instrumento de legitimación de la comunidad de los intérpretes. Seguramente, la connotación profesional de los intérpretes, el ser reconocidos como tales, es fundamental porque da comienzo a una complicada trama de remisiones, a través de un juego interactivo circular. El reconocimiento de algunos sujetos como juristas implica que los textos a que apelan sean reconocidos por la sociedad como textos normativos, como “fuentes del derecho”. Cerrando el círculo, la individuación de estos textos implica que los que apelan a ellos sean reconocidos por la sociedad como “juristas”.

Si se pretende huir del riesgo de una representación estática de la cultura jurídica, es fundamental definir una teoría capaz de dar cuenta del mecanismo circular de los reconocimientos. La tesis que propongo es que el motor de este mecanismo es el hecho de que la comunidad de los intérpretes establece aquellas que, siguiendo a Saul Kripke,⁸⁰ definiría como “las condiciones de asertividad” válidas dentro de dicha comunidad. El nudo problemático está representado por la tesis, retomando las palabras de Viola y Zaccaria, según la cual “la comunidad interpretativa dicta las reglas constitutivas, o sea la gramática fundamental que sostiene y define la praxis del juzgar”. Esta tesis implica seguramente que “dentro de cada comunidad lingüística —y por tanto también de la comunidad jurídica, donde existen específicas instituciones y roles precisos y donde son relevantes tanto los intérpretes autorizados como sus acompañantes profesionalmente competentes—

⁸⁰ KRIPKE, Saul, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Basil Blackwell, Oxford, 1982, tr. it. Boringhieri, Torino, 1984.

debe existir un acuerdo preventivo acerca de la aceptación y la utilización de determinados medios y métodos de interpretación”.⁸¹ Tal tesis implica, usando una expresión cara al segundo Wittgenstein, la existencia de una “forma de vida” común. Pero limitarse a esta afirmación nos dice poco sobre el funcionamiento de los límites que el juez, y en general el intérprete del derecho, encuentra en su actividad. Para avanzar, debe recordarse que, como lo sostiene Wittgenstein, la existencia de una forma de vida común se manifiesta a través de compartir un lenguaje por parte de los miembros de la comunidad.⁸²

La plena conciencia de este dato parece emerger del texto de una conferencia que dictó Karl Llewellyn en el otoño de 1929 en la Columbia Law School.⁸³ En esta conferencia el jurista americano contrapone el paradigma formalista y normativista del derecho que había dominado la escena hasta ese momento, al propugnado por los iusrealistas, que Llewellyn expone con claridad y síntesis ejemplares. La tesis de Llewellyn es que los textos normativos pueden guiar en la interpretación del caso, pero no decidir la controversia. Deben ser considerados como el vocabulario que los jueces utilizan para organizar en forma sistemática y sintetizar el área problemática de que se ocupan, mientras que las normas en sentido estricto deben considerarse como el producto del proceso decisonal y no como el elemento determinante de su resultado. Para Llewellyn, el derecho consiste en la discusión sobre cómo los jueces resuelven las controversias, discusión que compromete a los mismos jueces, a los abogados que deben examinar los

⁸¹ VIOLA, F. y ZACCARIA, G., *Diritto ed interpretazione...*, *op. cit.*, p. 193–4. Véase también ECO, U., “Replica” en CAVICCHIOLI, S. (coord.), *Interpretazione e sovrainterpretazione. Un dibattito con R. Rorty, J. Culler e C. Brooke–Rose*, Bompiani, Milano, 1995, 170 e ss.

⁸² “Verdadero y falso es lo que los hombres dicen; y en el lenguaje los hombres concuerdan. Y ésta no es una concordancia de las opiniones, sino de la forma de vida”. WITTGENSTEIN, L., *Philosophische Untersuchungen*, Basil Blackwell, Oxford, 1953, tr. it. Einaudi, Torino, 1967, § 241.

⁸³ LLEWELLYN, K., *The Brumble Bush: On Our Law and Its Study*, Oceana Publications, New York, 1930. El modo en que Llewellyn expone el desafío realista es, a mi juicio (probablemente gracias a la matriz antropológico–cultural de sus investigaciones), todavía hoy, después de miles de páginas escritas por autores realistas, uno de los más convincentes y menos dogmáticos, o sea de los más exentos de la ingenua ideología neoempirista y cientista que caracteriza muchas de las posiciones realistas.

modos de proponer la controversia y a los estudiosos del derecho. Las disputas jurídicas no pueden ser resueltas solamente con base en los textos normativos (sean ellos leyes o precedentes judiciales). Más específicamente, Llewellyn sostiene que, para llegar a una decisión, son insuficientes los recursos proporcionados por los textos normativos. Estos dejan siempre la posibilidad de encontrar un óptimo argumento jurídico en apoyo de una pluralidad de soluciones, aun radicalmente divergentes entre ellas. Si los abogados cumplen en serio con su deber, los jueces se encuentran siempre frente a la elección entre al menos dos opciones jurídicas perfectamente coherentes y sistemáticas y ninguna norma les puede indicar cuál de las dos opciones deben elegir. Los textos normativos proporcionan a los jueces un esquema de problemas a la luz de los cuales “leer” la controversia, pero no definen la litis. Más bien, ellos ayudan al juez enumerando los factores relevantes en el momento de analizar el contenido jurídico de las pretensiones. Un juez evalúa los hechos y las circunstancias del caso, utiliza los textos fuente del derecho para integrar estos elementos en un cuadro “imaginativo”⁸⁴ y decide la litis sobre la base de su visión de las finalidades del derecho respecto de los hechos llevados a su conocimiento. Según esta perspectiva, en toda comunidad puede identificarse un conjunto de textos normativos con base al cual juzgar la conducta en discusión en cada caso, pero estos textos no formulan las normas de forma detallada y ajustada a la complejidad de los hechos. No cierran ningún camino ni condicionan el resultado de la controversia. Es, pues, imposible prever las decisiones de los jueces basándose en normas jurídicas vigentes. Para comprender el fenómeno jurídico, Llewellyn recomienda no confundir la “normatividad” con sus formas exteriores, o sea las leyes o, en general, los textos normativos.

Según este enfoque, el problema central es, entonces, el de redefinir la noción misma de “normatividad jurídica”, que no puede reducirse a los textos normativos como quiere el paradigma legicéntrico Rousseau–Montesquieu y, en general, toda

⁸⁴ No por casualidad, la imaginación del jurista es la base del ensayo de COSTA, P. “Discorso giuridico e immaginazione...”, *op. cit.*, que representó un punto de partida fundamental para la redacción de este trabajo.

la tradición normativista y formalista. El enfoque sociologista podría hacer pensar en una sustitución de la normatividad del texto por una normatividad de la cultura jurídica, de la “ideología normativa” de Ross. Éste sería seguramente un avance, pero, de todos modos, aún demasiado genérico, genericidad de la que surgen gran parte de las dificultades que aún hoy encuentra el planteo hermenéutico. Por mi parte, trataré de mostrar cómo la interpretación del argumento de Wittgenstein contra el lenguaje privado, propuesta por Kripke,⁸⁵ puede proporcionar el cuadro teórico dentro del cual elaborar un concepto de “normatividad” que, aun cuando no permite precisar los límites de la actividad del jurista, define al menos claramente las modalidades en que operan estos límites, y por tanto la “normatividad”.⁸⁶ Este enfoque evita la recategorización de la “cultura jurídica”, colocándola, como sugiere Llewellyn, en un segundo plano respecto del discurso de los juristas, de su lenguaje. Una vez desplazada la atención hacia el lenguaje de los juristas, desde la cultura jurídica de un determinado país en un determinado momento histórico, la noción de “cultura jurídica” asume una dimensión dinámica, en condiciones de aclarar cómo se forma y se desarrolla el acuerdo entre los juristas, que define los grados de libertad de su accionar.

⁸⁵ KRIPKE, Saul, *Wittgenstein on Rules...*, *op. cit.*

⁸⁶ En este lugar, no examino la validez de la interpretación propuesta por Kripke, ya que una discusión mínimamente exhaustiva sobre ella requeriría una larga digresión. Me limitaré a exponer algunas ideas que sugiere esta interpretación y que me parecen interesantes para la elaboración de una posible teoría de la “normatividad jurídica”. Por lo demás, si la de Kripke es o no una interpretación correcta de Wittgenstein no me parece relevante para la tesis que aquí presento. Es relevante si el cuadro que se obtiene de esta interpretación es útil para precisar una noción de “normatividad” satisfactoria. Si, luego, este cuadro deriva de las tesis de Wittgenstein, de Kripke o, como es más probable, de mi lectura de la teoría de un imaginario “Kripkenstein”, no me parece muy importante. De todos modos, es obligado subrayar que esta interpretación, ampliamente inspirada en el “nuevo dilema de la inducción” propuesto por Nelson Goodman (*Fact, Fiction and Forecast*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1983, tr. it. Laterza, Bari, 1985), ha provocado muchas críticas. En especial, ella ha sido criticada tanto por su escasa plausibilidad en su interpretación de las tesis de Wittgenstein, como por su no sustentabilidad como posición filosófica en sí. BAKER, G.P. y HACKER, P.M.S., *Scepticism, Rules and Language*, Basil Blackwell, Oxford, 1984; MCGINN, C., *Wittgenstein on Meaning*, Basil Blackwell, Oxford, 1984. Agrego que las críticas que se le han dirigido, en cuanto interpretación de las tesis de Wittgenstein, se centran en particular sobre la idea de la “comunidad de referencia”, idea que tiene un papel fundamental en la teoría del derecho como “práctica”.

En el párrafo 201 de las *Philosophische Untersuchungen*, Wittgenstein enuncia la siguiente paradoja:

...una regla no puede determinar modo de acción alguno, ya que cualquier modo de acción puede ser puesto en concordancia con la regla.

Según esta tesis radical, nadie puede tener la certeza de estar siguiendo una determinada regla y, por tanto, tampoco de estar actuando sobre la base de sus propios deseos. Según Wittgenstein “no se puede seguir una regla *“privatim”*; de otro modo, creer que se está siguiendo la regla sería la misma cosa que seguir la regla. (...) Un “proceso interior” necesita de criterios externos”.⁸⁷ Kripke sostuvo que el núcleo de la teoría de Wittgenstein es la idea de que el lenguaje se funda no sobre *condiciones de verdad*, sino sobre *condiciones de asertividad* o *condiciones de justificación*. Según Kripke, es posible extraer de las tesis de Wittgenstein una teoría del juego lingüístico que especifique las condiciones en que estamos autorizados a atribuir conceptos a otros y ofrezca una explicación de la utilidad de este juego para nuestra vida. Esta idea de “juego lingüístico” implica necesariamente la existencia de una comunidad. Si nos limitáramos a considerar a una persona aislada, el límite extremo que la investigación podría tocar sería la constatación de que un individuo hace lo que tiene propensión a hacer, pero, ciertamente, no se podrá establecer que, aunque hubiese tenido la propensión a actuar de una determinada manera, habría *debido* actuar de otro modo.⁸⁸

La situación es muy diferente si se considera al individuo en su interacción con una comunidad. Es evidente que los miembros de la comunidad creen dispo-

⁸⁷ WITTGENSTEIN, L., *Philosophische...*, *op. cit.*, pp. 201 y 580

⁸⁸ Como observa Kripke (*Wittgenstein on Rules...*, *op. cit.*, p. 73), “por definición”, un sujeto tomado individualmente está autorizado a actuar, “sin ulteriores justificaciones”, como le “parece natural e inevitable”. “¿En cuáles circunstancias podría no tener razón, por ejemplo?; ¿siguiendo la regla equivocada? Nadie más, considerando sólo su mente y su comportamiento, podría decir cosas como “No tiene razón si no se conduce de acuerdo con sus mismas intenciones pasadas”. El punto del argumento escéptico era que no pueden existir hechos que lo conciernen en virtud de los cuales él se conduzca más o menos de acuerdo con sus propias intenciones”.

ner de justificaciones que les permiten establecer si un sujeto sigue una regla de manera correcta o incorrecta. La existencia de estas justificaciones es parte constitutiva de lo que entendemos como una “comunidad”. Normalmente, no están dispuestos a aceptar incondicionalmente la autoridad del sujeto para establecer si está siguiendo correctamente o no una regla. Si un individuo no se adecua o deja de adecuarse a lo que la comunidad entiende que debería hacerse en determinadas circunstancias, aun cuando continúe afirmando que está siguiendo “la regla”, la comunidad no puede atribuirle el dominio de la regla que debería seguirse.

Según Kripke, entonces, Wittgenstein toma en serio la teoría emotivista según la cual cualquier principio normativo cuya validez universal se reivindique es, en última instancia, expresión de las preferencias de una voluntad individual. Por eso, los principios primeros tienen y pueden tener únicamente la autoridad que una voluntad individual decide conferirles, adoptándolos. Cualquiera sea la argumentación que elabore un individuo como apoyo al principio normativo que sostiene, el proceso de justificación llega siempre a una elección no justificable ulteriormente, a una elección no guiada por criterio alguno. Cualquier aseveración de un principio normativo se funda en una elección arbitraria y no argumentable.⁸⁹ Pero Wittgenstein, al mismo tiempo, redimensiona el impacto de esta teoría. El emotivismo, como subraya MacIntyre,⁹⁰ reduce las proposiciones axiológicas a expresiones de mera preferencia individual, o sea connota como equivalentes dos categorías expresivas que, en lenguaje ordinario, se caracterizan precisamente por su diferencia y por la contraposición recíproca. La fuerza motivacional de ambos tipos de aseveración depende, según la teoría emotivista, de la personalidad de quien las enuncia y de la de los miembros de la *audience*, mientras que, según la teoría tradicional, la fuerza de las aseveraciones axiológicas está completamente desvinculada del contexto en que son pronun-

⁸⁹ “Cuando he agotado las justificaciones, llego al estrato de roca y mi azada se dobla. Entonces estoy dispuesto a decir: «esto es, actuó precisamente así»” WITTGENSTEIN, L., *Philosophische...*, *op. cit.*, § 217.

⁹⁰ MAC INTYRE, A., *After...*, *op. cit.*, p. 25.

ciadas. Según Kripke, Wittgenstein reproponer la diferencia entre dos tipos de aseveraciones, aunque sigue negando que las axiológicas tengan una validez “objetiva”, desvinculada del contexto. Ellas dependen del contexto, de la comunidad interpretativa, tienen una pretensión no de verdad sino de validez intersubjetiva, su significado depende de las condiciones de asertividad vigentes en una determinada comunidad. Son estas condiciones de aseveratividad las que permiten distinguir, en un determinado contexto, entre las expresiones de preferencias individuales y las aseveraciones axiológicas.

Los participantes en un determinado juego lingüístico atribuyen ciertos conceptos a los individuos (en sustancia, se los atribuyen recíprocamente uno a otro) y de esta forma, si bien de manera provisoria, los admiten (se admiten recíprocamente) en la comunidad. Cuando la comunidad afirma que alguien no está siguiendo ciertas reglas, generalmente lo excluye de algunas o de todas las transacciones sociales. Según tal paradigma, por un lado no parece que pueda darse una representación objetiva del “mundo exterior”, por el otro la representación subjetiva que normalmente proporcionamos no es para nada “autónoma”. Ella, por el contrario, es impuesta de alguna manera por el grupo del que formamos parte, por el juego lingüístico en que participamos.

Merece subrayarse que, contrariamente a lo que parece pensar la mayoría de los juristas europeos, estas observaciones son válidas, como lo ha demostrado Wittgenstein en las *Bemerkungen über die Grundlagen der Mathematik*,⁹¹ también para las comunidades que realizan actividades altamente técnicas, como son ciertamente la dogmatización, la interpretación y la argumentación jurídica. A la luz de las tesis de Kripkenstein, también estas actividades pueden desarrollarse exclusivamente sobre la base de una “forma de vida”, o sea sobre la base de convenciones preinterpretativas, de tácitos acuerdos compartidos, de prácticas sociales que comprenden un conjunto de propósitos, de valores y de finalidades.

⁹¹ WITTGENSTEIN, L., *Bemerkungen über die Grundlagen der Mathematik*, Basil Blackwell, Oxford, 1956, tr. it. *Osservazioni sopra i fondamenti della matematica*, Einaudi, Torino, 1988.

Se podría decir, más bien, que cuanto más técnica es una actividad, más presupone que sus miembros se atribuyan recíprocamente el dominio de un lenguaje que “permite a los hablantes y a los oyentes oír y, de otros modos, ver la objetiva producción y exposición de los conocimientos de sentido común, de las circunstancias prácticas, de las acciones prácticas”.⁹² En otras palabras, los juristas admiten en la comunidad de los intérpretes a los que son capaces de utilizar el lenguaje jurídico y, como todo estudiante de derecho sabe, excluyen a aquellos que no dan prueba de este dominio.

La lectura de Kripke de las tesis de Wittgenstein nos ha llevado al punto en que nos habíamos detenido examinando el derecho como “práctica social”: las características “objetivas” del derecho no son el producto de la conciencia individual (y de su relación con el texto normativo), sino que son el resultado de los procedimientos interpretativos mediante los cuales el “derecho” se construye dentro de complejas interacciones sociales. Pero la teoría de Kripkenstein, sustituyendo a la cultura por la interacción lingüística, permite avanzar para definir las modalidades con que el jurista ve determinada su propia esfera de acción. Esta elección, como ya lo subrayara, elimina aquella caracterización, y tal vez también naturalización,⁹³ que la noción de “cultura” inevitablemente lleva consigo. Una vez sustituida la cultura por la interacción lingüística, se nota que también la comunidad interpretativa, como cada jurista en particular, nunca puede enunciar la regla que está siguiendo, sino tan sólo aquella que *crea* seguir. Cuando los juristas, considerados como comunidad interpretativa, afirman que una cierta obediencia a una regla es correcta, pretenden decir simplemente que *creen* que hubieran actuado de la misma manera. Dado que para poder afirmar que está siguiendo una regla, el jurista en particular debe respetar las condiciones de

⁹² GARFINKEL, H., y SACKS, H., “On Formal Structures of Practical Actions”, en MCKINNEY, J. y TYRIKIAN, E. (edit.), *Theoretical Sociology*, Appleton–Century–Crofts, New York, 1970, p. 342.

⁹³ La importancia de la conceptualización de un paradigma como “natural”, con fines legitimadores, ha sido subrayada por A.I. Lovejoy (*The Great Chain of Being*, Harvard University Press, Cambridge [Mass.], 1957, p. 184), según el cual el “fashion of appealing to something called 'nature' for norms”, es una constante del pensamiento occidental desde la antigüedad.

asertividad, se desprende de ello que estas condiciones consisten en la coincidencia, respecto de la regla que él cree seguir, entre su creencia y la de la comunidad de los intérpretes. Es por esto que nunca surge, y por otra parte sería insoluble, el problema de cuáles reglas siguen en realidad los jueces considerados individualmente (problema que sería concerniente a las *condiciones de verdad*). Por el contrario, aparece como evidente que la formalización de reglas siempre es una reconstrucción a posteriori. Wittgenstein, en el párrafo 82 de las *Philosophische Untersuchungen* pregunta “¿A qué cosa denominamos “la regla en base a la cual se procede”?”

¿No nos ilumina sobre este punto la analogía entre lengua y juego? Podemos sin duda imaginar que ciertos hombres se diviertan jugando con una pelota en un prado; y, precisamente, que comiencen distintos juegos, entre los juegos existentes, sin terminar ninguno; que entre un juego y el otro lancen la pelota en alto sin propósito, se persigan uno al otro con la pelota, tirándosela encima en broma, etcétera. Y ahora uno podría decir: todo el tiempo éstos jugaron un juego de pelota ateniéndose, en cada tiro, a determinadas reglas. ¿Y no se da también el caso en que jugamos y *make up the rules as we go along*? Y también el caso en que las modificamos *as we go along*.⁹⁴

Seguir unas normas o unas reglas significa, pues, construir siempre otras nuevas, o modificar las existentes, obviamente con el material lingüístico o social de que se dispone. Y no podría ser de otra manera, dado que las reglas no están en condiciones de especificar los procedimientos interpretativos con que el sujeto decide su aplicabilidad a la situación.⁹⁵ La “misma” norma y la “misma” situación

⁹⁴ WITTGENSTEIN, L., *Philosophische...*, *op. cit.*, p. 83.

⁹⁵ Primero Aristóteles y luego Kant, en la *Crítica de la razón pura*, evidenciaron que ninguna regla puede determinar las condiciones de su aplicación y que el establecimiento de estas condiciones no puede ser demandado a otra regla, so pena del retroceso al infinito. Ambos identificaron en el “juicio” el instrumento para determinar cuándo aplicar una regla y sostuvieron que la facultad del juicio se afina a través de los ejemplos. Wittgenstein hace propia esta tesis hasta la redacción de *The Blue Book*, pero al año siguiente, escribiendo *The Brown Book*, define la teoría más radical de la imposibilidad

pueden ser construidas de manera muy diferente. El significado de las reglas y el del contexto a que se aplican no son estables, pero se definen recíprocamente.

En la práctica cotidiana, cuando el comportamiento de un jurista corresponde a las expectativas de la comunidad interpretativa, ésta da por descontado que el individuo está convencido de seguir la misma regla que ella (la comunidad) cree seguir. Los problemas surgen cuando el comportamiento del juez difiere de estas expectativas: habitualmente la comunidad, o más exactamente algún otro juez que “esté convencido de seguir la misma regla que la comunidad cree seguir”,⁹⁶ corrige al juez “desviado” proponiéndole (o imponiéndole) la regla que la comunidad misma “cree” seguir”. En esta situación pueden verificarse varias eventualidades. El caso más simple es aquel en que, creyendo el juez seguir la regla que la comunidad le propone, se instaura entre el juez y la comunidad una confrontación para establecer quién y dónde ha cometido un error. En este caso, se respeta la que podría denominarse expectativa “fuerte” de la comunidad, o sea la expectativa de que el juez esté convencido de seguir la misma regla que la comunidad de los intérpretes cree seguir.⁹⁷ Esta situación —que puede compararse a la del error de cálculo en la comunidad de los matemáticos— no difiere sustancialmente de la del respeto de las expectativas.

de seguir una regla de modo privado. Al mismo tiempo el filósofo austríaco, si es correcta la lectura de Kripke, establece, con la implícita sustitución de las condiciones de asertividad a las de verdad, las premisas para precisar las modalidades en que se desarrolla y se aprende la actividad del “juicio”.

⁹⁶ De ahora en más daré por descontada esta precisión.

⁹⁷ Considero que dentro de ciertos límites las expectativas de los miembros de la comunidad conciernen, más que a comportamientos en sí mismos, a las estrategias argumentativas y justificativas. Cuando le compro al verdulero, espero que no haga las sumas de modo *bizarro* y deshonesto. Usando la terminología de Niklas Luhmann, diría que éstas son expectativas “normativas”. En cambio, en el caso de que el verdulero llegue a un resultado diferente al mío, pero siguiendo mi mismo procedimiento de cálculo, estoy dispuesto a rehacer las cuentas para controlar quién se ha equivocado. Debe separarse en dos partes lo que Luhmann denomina “expectativa cognitiva”: la expectativa de la regla a seguir (o del procedimiento) que es normativa y no cognitiva, y la del resultado, que es realmente cognitiva.

El conflicto surge cuando el juez percibe la regla que le propone la comunidad de los intérpretes como diferente de la que él considera debe seguir. Es evidente que si un juez en particular y la comunidad de los intérpretes a la que él pertenece creen seguir sistemas de reglas totalmente distintas entre sí, la única conclusión que puede extraerse es que el jurista en realidad no forma parte de esa comunidad de intérpretes. Es hasta improbable que él logre establecer una interacción discursiva significativa con un miembro cualquiera de la comunidad interpretativa. Se podría, entonces, suponer que las diferencias se refieren a reglas especiales. A la luz del paradigma de Kripkenstein, el procedimiento de la “corrección”, o sea el conflicto entre normatividad social e individuo, asume más o menos el siguiente aspecto: la comunidad de los intérpretes implícitamente, o explícitamente si no es “dogmática”, advierte al jurista de que ella sabe bien no poder “demostrar” (con base en criterios neutrales) la “corrección” de la “modificación” que propone. Pero este aspecto no tiene relevancia alguna porque, si el juez pretende (continuar a) formar parte de la comunidad, debe aceptar la “corrección de los errores” cada vez que frustra las expectativas de los demás miembros de la misma comunidad. Cuando el juez no acepta la regla propuesta por la comunidad de los intérpretes y ésta no acepta la regla propuesta por el juez, si la regla se refiere a aspectos limitados de la vida social, su sentencia es revocada o dejada de lado y no tiene influencia, por lo tanto, en la formación del derecho: se la pone en condiciones de no provocar ulteriores decepciones de las expectativas de los demás miembros de la comunidad. En cambio, si la regla en discusión se refiere a un ámbito bastante amplio de la vida de la comunidad, el individuo es excluido de la comunidad de los juristas.

Es obvio que, según el enfoque de Kripkenstein, resulta imposible entender la operación de la “corrección” como una operación por medio de la cual otros individuos rechazan las respuestas “equivocadas”, respuestas que no coinciden con la regla adoptada por el hablante. El juez “desviado”, puesto frente a un contraste entre regla afirmada por la comunidad de los intérpretes y regla que él cree debe seguir, no tiene ningún motivo válido, salvo el temor a una sanción de parte de la comunidad, para reconocer la corrección de la regla propuesta por la comu-

nidad, especialmente cuando la misma lo obstaculice en el hacer o en el decir algo que en ese momento determinado quiera hacer o decir. Desde un punto de vista “neutral” respecto de los universos discursivos invocados, ambos dotados en abstracto del mismo fundamento, las “correcciones” no pueden ser más que arbitrarias. Si se acepta esta premisa, entonces jueces intelectualmente débiles y sugestionables podrían ser inducidos a reconsiderar sus posiciones, a pesar de que en teoría ellas podrían ser aceptables por parte de la comunidad de los intérpretes.⁹⁸ La distinción entre razones y causas de una creencia o, para usar una imagen de Richard Rorty, entre el diálogo socrático y la sugestión hipnótica, tiene sentido únicamente dentro de los límites de un juego lingüístico, o sea de una serie de acuerdos sobre lo que debe considerarse posible e importante. Cuando se pasa de un vocabulario a otro, de un conjunto de metáforas justificantes a otro, esta distinción ya no tiene significado.⁹⁹ Es éste el cuadro epistemológico que da sentido a la tesis de Llewellyn —tesis que Hyland¹⁰⁰ define como “teoría del juez nietzscheano”—según la cual los jueces débiles, aquellos que no tienen la capacidad de manipular las normas jurídicas para alcanzar los resultados que consideran justos, se sentirán constreñidos por el sistema. Los grandes jueces, los dotados de experiencia y sabiduría, capaces de hacer aparecer como obvias las soluciones más innovativas —el modelo que Llewellyn tiene en mente seguramente es Benjamín Cardozo— usarán su habilidad y competencia para alcanzar la que a ellos parecerá la “justicia”.

El juez nietzscheano desde el punto de vista del normativismo formalista parece el prototipo, más que del jurista, del participante en el juego de la “discre-

⁹⁸ KRIPKE, Saul, *Wittgenstein on Rules...*, *op. cit.*, pp. 33–4.

⁹⁹ “Si se acepta la idea de que no existe ningún punto de vista externo al particular vocabulario, históricamente condicionado y transitorio, que usamos actualmente, desde el cual poder juzgar este mismo vocabulario, entonces ya no se pensará que existen razones para usar determinados lenguajes y razones internas a los lenguajes por las que creer en determinadas afirmaciones. Esto significa renunciar a la idea de que el progreso intelectual y político es racional, en todos los sentidos en que por «racional» se entiende algo neutral respecto de los diferentes vocabularios”. RORTY, R., *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, tr. it. Laterza, Bari, 1989, p. 62.

¹⁰⁰ HYLAND, R., “Shall We Dance?”, *op. cit.*, p. 384.

cionalidad del árbitro”, retomando una célebre definición de Hart.¹⁰¹ Se trata del juego en que cualquier cosa que haga concretamente el juez, si él tiene un fuerte poder de persuasión, resulta correcta desde el punto de vista del discurso jurídico. No nos encontraríamos ya frente al “derecho”, jugaríamos el juego de la normatividad del hecho singular, de la acción singular. Esta crítica tendría sentido si la teoría del juez nietzscheano se insertara en un cuadro emotivista. Una vez que, en cambio, se pone a esta figura dentro de la visión del derecho como “práctica” y, en especial, de las tesis de Kripkenstein, la crítica de Hart pierde su fundamento. En efecto, se debe tener presente que la imposibilidad de fijar un criterio “neutral” para establecer si se está siguiendo la misma regla o si, en cambio, la regla se ha modificado *as we go along*, no permite trazar una línea neta entre el caso en que el jurista se adecua a la pretensión de la comunidad de los intérpretes y aquél en que es esta última la que se adecua a las tesis del jurista. El juez nietzscheano es aquel que, como escribe Rorty,¹⁰² no permite que la apertura de su propia mente “sea determinada por el lenguaje que otros han dejado”. Pero, naturalmente, también este juez debe enfrentarse con la tesis de Wittgenstein, según la cual no existen lenguajes privados: “no se puede dar significado a una palabra o a una poesía comparándola con un significado no lingüístico, con algo diferente a un conjunto de palabras ya usadas”.¹⁰³ El juez nietzscheano es aquel que produce nuevas metáforas, es decir, usa de manera inusual las viejas palabras¹⁰⁴ y, sin embargo, esto es

¹⁰¹ HART, H.L.A., *The Concept of...*, *op. cit.*, pp. 167–70.

¹⁰² RORTY, R., *Contingency, Irony...*, *op. cit.*, p. 38.

¹⁰³ *Ibidem.*, p. 54.

¹⁰⁴ Como sostuvo Donald Davidson en “What Metaphors Mean”, la distinción entre lo literal y lo metafórico no es una distinción entre dos tipos de significado, ni entre dos tipos de interpretación, sino entre usos familiares y usos insólitos de sonidos y de signos. El uso literal de sonidos y de signos es aquel al que atribuimos significado gracias a nuestras viejas teorías sobre lo que dirán los individuos en diferentes circunstancias. El uso metafórico es el que nos empuja a elaborar una nueva teoría para la atribución de significado: “Lo que niego es que una metáfora desarrolle su función porque tiene un significado especial, un contenido cognitivo específico. (...) Una metáfora desarrolla su función a través de otros intermediarios. Suponer que ella es eficaz sólo si transmite un mensaje codificado es como pensar que un chiste o un sueño contienen algún enunciado que un intérprete hábil puede reformular en prosa. Los chistes, los sueños y las metáforas, como un cuadro o un chichón en la cabeza, nos hacen apreciar algún hecho, pero no porque expresen o estén en lugar de ese

posible sólo con el trasfondo de otras viejas palabras que siguen empleándose en los modos usuales. Un lenguaje que fuese “todo una metáfora” no serviría para nada y, por lo tanto, no sería siquiera un lenguaje sino sólo un balbuceo”.¹⁰⁵ Debe tenerse siempre presente que un juez no puede afirmar que sigue una regla, sino sólo creer que sigue una regla. Esto implica que si se frustran las expectativas de los otros miembros de la comunidad interpretativa con referencia a su comportamiento, el juez, aunque tiene la certeza de estar siguiendo la regla que cree seguir, no puede afirmar estar siguiendo tal regla. La regla que el individuo cree seguir no es, pues, en caso alguno *su* regla, es siempre una regla puesta por la comunidad. No tiene relevancia el hecho de que un individuo la haya enunciado primero y que anteriormente no la conociera la comunidad. En la perspectiva de Kripkenstein, en la cual todo acuerdo o desacuerdo entre los individuos es en última instancia una concordancia o discordancia de su lenguaje, aquel que entra en conflicto con la comunidad interpretativa usa un lenguaje distinto al corriente.

El jurista nietzscheano no puede ser, en sustancia, más que ese tipo de intérprete que Rorty denomina elogiosamente como el “textualista fuerte”.¹⁰⁶ Es una persona que “recorre” el texto hasta haberlo adaptado a la forma de su discurso, rescribe el texto en el momento en que lo interpreta. Pero, el nuevo texto debe ser considerado como un “texto de referencia” por la comunidad de los intérpretes y será ésta la que establezca cuál es su significado. El textualista “fuerte” no puede en ningún caso establecer el significado que su metáfora adquirirá una vez “muerta”, una vez que haya entrado a formar parte de un juego lingüístico de los juristas. Mientras que el juez conformista puede ser equiparado a un artesano que sabe cuál trabajo debe hacer antes de elegir los instrumentos con que realizarlo, el “textualista fuerte” no se encuentra en esta condición. El Cardozo de Llewellyn,

hecho”. DAVIDSON, D., “What Metaphors Mean”, en *Inquiries into Truth and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 1984, p. 262.

¹⁰⁵ RORTY, R., *Contingency, Irony...*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁰⁶ RORTY, R., *Consequences of Pragmatism*, Minesota University Press, Minneapolis, 1982, tr. it. Feltrinelli, Milano, 1986, p. 16.

como el Galileo de Kuhn, no puede tener bien claro en la mente qué entiende hacer antes que las metáforas inventadas por él se hayan vuelto lenguaje. Es el nuevo vocabulario el que permite expresar el propósito del vocabulario mismo. “El es el instrumento para hacer algo que no podía siquiera ser imaginado antes de que se desarrollase un conjunto de descripciones, el que él mismo contribuye a hacer disponible”.¹⁰⁷ Usando una metáfora hecha célebre por el Humpty Dumpty de Lewis Carroll, la comunidad interpretativa queda siempre y de todos modos como *master* del derecho. Es la comunidad la que establece el significado de las palabras. Este dato representa la garantía de que no nos encontramos frente al juego de la “discrecionalidad del árbitro”; en todo caso, participamos en el juego de la discrecionalidad de la comunidad de los intérpretes y este juego es el “derecho” mismo.

Me parece importante subrayar la relación entre este enfoque hermenéutico y la teoría de Dworkin por un lado y, por el otro, el método de la dogmática jurídica. La lección de Kripkenstein remite a una teoría interpretativa radicalmente diferente de la sostenida por Dworkin, centrada como está en el principio de la coherencia, si bien entendida ésta en sentido no ya formalista sino de contenido. Según Dworkin, como lo ponen de relieve Viola y Zaccaria,¹⁰⁸ “el sentido, holísticamente entendido, posee una unidad nunca completamente dada y siempre por recrear”. La ventaja de la “coherencia (congruencia) hermenéutica” respecto de la “coherencia (ausencia de contradicciones) iuspositivista” consistiría “en la predicabilidad de la congruencia, no sólo con respecto a entidades lingüísticas como los enunciados normativos, sino también con relación a entidades extralingüísticas como los comportamientos humanos”. El análisis de Kripkenstein no niega que el ordenamiento jurídico se sostiene gracias a una armonía e interdependencia de los significados, pero pone en evidencia que, como ha demostrado Nelson Goodman,¹⁰⁹

¹⁰⁷ RORTY, R., *Contingency, Irony...*, *op. cit.*, p. 21.

¹⁰⁸ VIOLA, F. y ZACCARIA, G., *Diritto ed interpretazione...*, *op. cit.*, p. 184.

¹⁰⁹ GOODMAN, Nelson, *Fact, Fiction and Forecast*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1983, tr. it. Laterza, Bari, 1985.

lo que llamamos “similar” (para Wittgenstein, hasta “idéntico”) se presenta en el curso de nuestra actividad práctica y no podemos explicarlo. Si la decisión de una controversia jurídica supone una valoración de los hechos y de las circunstancias y no sólo su reducción al texto normativo, el juez queda libre para construir estos hechos y estas circunstancias como “similares” a “otros hechos y circunstancias pertenecientes a una pluralidad ilimitada de categorías. Según ha sostenido Fish, criticando las tesis de Dworkin, el deber moral de la “coherencia” no limita en modo alguno la libertad de acción del intérprete. La ciencia moderna ha establecido que, como lo demostraron primero Pierre Duhem y luego Willard Van Orman Quine, siempre es posible afirmar que una explicación alternativa (coherente) proporciona una mejor exposición de determinados hechos. Además, este enfoque transforma el imperativo de una lectura coherente del sistema constitucional, de “deber moral”, como lo define Dworkin, a elemento constitutivo del ser jurista. El desafío de la incertidumbre es enfrentado y englobado en la teoría del derecho como práctica, no es eludido pasando del discurso jurídico al discurso moral y, por tanto, en última instancia, negando la autonomía del primero.

En la misma línea de esta última consideración, debe subrayarse que la concepción del derecho como “práctica”, contrariamente a la versión decisionista de la teoría realista, no es de por sí incompatible con el análisis dogmático, ni mucho menos tiende a subestimar su importancia. El rigor sistemático y la valoración de todos los hechos y las circunstancias a la luz de principios abstractos tienen un *status* consolidado en el derecho, en cuanto son elementos constitutivos de las “condiciones de asertividad” de una determinada comunidad de intérpretes, o sea en cuanto representan elementos esenciales para entender el concreto funcionamiento de una determinada comunidad de intérpretes. En tal concepción del derecho, nada impide sostener que la atención al orden sistemático permite poner de relieve la habilidad del jurista y garantiza una precisión de otro modo inimaginable en la previsión de las decisiones de los casos. Nada debilita las críticas de aquellos juristas que —en los Estados Unidos y, en el pasado, en Inglaterra, donde siempre faltó esta “obsesión sistemática”— lamentan desde hace mucho tiempo que la formación jurídica no proporcione una imagen del *common law* como un sistema

coordinado y orgánico.¹¹⁰ Nada impide, en una concepción realista no decisionista, como la sostenida por Llewellyn, la valoración positiva de los aspectos sistémicos y estructurales del derecho y de la organicidad que los juristas son capaces de atribuir al sistema jurídico. Esta apreciación choca con la concepción realista–decisionista o con aquellas teorías que tienden a unir el derecho con disciplinas contiguas (economía, ciencia política, filosofía moral, etcétera.). Según el enfoque de Llewellyn, las normas y su sistematicidad no “deciden” el caso, pero ciertamente no son irrelevantes. Si Llewellyn las hubiese considerado irrelevantes, no hubiera desempeñado por treinta años el rol de *chief report* para el *Uniform Commercial Code*. Desde el punto de vista del derecho como práctica, es suficiente que los juristas sean conscientes de que tal apreciación no reduce la actividad jurídica a una mera búsqueda de la norma pertinente para el caso a juzgar. No se refiere a las “condiciones de verdad”, sino a las “condiciones de asertividad”, o sea a las estrategias retóricas a través de las cuales justificar la solución que aquellos quieren proponer para el caso.

¹¹⁰ Para los Estados Unidos, *cfr.* HOHFELD, W., “The Relations Between Equity and Law”, en *Michigan Law Review*, 11, 1913, pp. 537 y ss., en especial p. 540 n. 3. Para el debate inglés entre los siglos XIX y XX acerca de la falta de sistematicidad del *common law*, me permito remitir a SANTORO, E., *Common Law e costituzione nell'Inghilterra moderna. Una introduzione al pensiero di Albert Venn Dicey*, Giappicchelli, Torino, 1999.

8. Certeza del derecho y *rule of law*

El cuadro teórico que he trazado hasta aquí puede parecer inconciliable con cualquier teoría que intente reconectarse con la tradición del Estado de derecho. Parece un cuadro destinado no sólo, como ha sostenido Hart, a sustituir el “derecho” por el juego de la “discrecionalidad del árbitro”, sino directamente a inducir una concepción del poder como inevitablemente imprevisible y arbitrario. En mi opinión existe, en cambio, una versión de la teoría del Estado de derecho que es compatible con la teoría del derecho como “práctica”, y es precisamente que, creo, habría que servirse de esta versión como de una brújula para elaborar una teoría realista del Estado de derecho, una teoría que sea capaz de afrontar el mar tempestuoso del debate contemporáneo sobre los derechos, el derecho y el rol de la magistratura.

La versión de la teoría del Estado de derecho a que me refiero es la definida en la Inglaterra victoriana por Albert Venn Dicey en *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*. En tiempos recientes Neil MacCormik sostuvo que no existen diferencias significativas entre la noción eurocontinental de *Rechtsstaat* (Estado de derecho, *Etat de droit*) y la de *rule of law*. Por mi parte pienso, por el con-

trario, que la versión del *rule of law* teorizada por Dicey, aun moviéndose dentro de un horizonte problemático del todo similar al de la Europa continental, en muchos sentidos desquicia los elementos de la noción continental de “Estado de derecho”. Fiel a la orientación austiniana, Dicey rechaza tanto la idea de que la Constitución inglesa se funda, como lo había sostenido Montesquieu, sobre el principio de la división de los poderes,¹¹¹ como la idea de que ella configura al Parlamento como un soberano sometido al derecho. Por lo demás, no es casualidad que tanto MacCormik como Raz —dos autores que han puesto nuevamente la noción de *rule of law* en el centro del debate ius–político anglosajón— hayan tomado distancia explícitamente de la teoría de Dicey.¹¹²

Los críticos de Dicey afirman, en sustancia, que *The Law of the Constitution* está viciado por una lectura legicéntrica del sistema constitucional inglés. La imputación principal es haber reducido el principio del *rule of law* a una mera “regla de reconocimiento”. En otras palabras, estos autores, interpretando la noción de *rule of law* a la luz de la de “soberanía del Parlamento”, interpretan a Dicey como si afirmase que “el Parlamento es la autoridad política última, libre de todo vínculo legal, de la cual toda regla legal extrae su validez”.¹¹³ Ellos interpretan *The Law of the Constitution* como si sostuviera que toda norma producida por el Parlamento,

¹¹¹ Sobre este punto Dicey (*Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1915, Liberty Fund, Indianápolis, 1982, pp. 74 y 86) afirma perentoriamente: “en pocas palabras, el principio que informa nuestro sistema de gobierno es (usando una palabra extranjera, pero cómoda) el “unitarismo”, o sea el ejercicio habitual de la autoridad legislativa suprema por parte de un solo poder central, que en el caso particular es el Parlamento británico. (...) Todo el poder del Estado inglés está concentrado en el Parlamento imperial y toda rama del gobierno está jurídicamente sujeta al despotismo parlamentario”.

¹¹² Raz (“The Rule of Law...”, *op. cit.*, p. 218, n. 3) sostiene que “English writers have been mesmerized by Dicey’s unfortunate doctrine for too long”. MacCormick (“The Interest of the State and the Rule of Law” en WALLINGTON, P., y MERKIN, R.M. (edits.), *Essays in Memory of Professor E.H. Lawson*, Butterworths, London, 1986, p. 183) afirma que “since Sir Ivor Jennings famous refutation of Dicey’s version of the doctrine (del *rule of law*), it has been clear that it is inadequate to bear the weight Dicey puts on it”.

¹¹³ ALLAN, T.R.S., *Law, Liberty and Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 16.

con observancia de los procedimientos que regulan su actividad, debiera ser observada por las Cortes en cuanto válida, sin tener en cuenta su impacto sobre los derechos y sobre las expectativas legítimas de los individuos. Dicey es considerado, en suma, más que como el padre noble del constitucionalismo británico contemporáneo, como el autor que difundió entre los juristas ingleses el dogma austriaco de la soberanía del Parlamento, debilitando así notablemente la tutela de los derechos individuales.

Mi tesis es que, para dar sentido al sistema constitucional diseñado por Dicey, es necesario invertir la perspectiva que le fue atribuida por los intérpretes y los críticos, bajo la influencia de las concepciones legicéntricas del *rule of law*.¹¹⁴ En lugar de interpretar la noción de *rule of law* a la luz del dogma de la soberanía del Parlamento, es necesario leer la noción de soberanía del Parlamento a la luz del *rule of law*. La polémica de Dicey contra el constitucionalismo continental, en especial el francés, es en primer lugar una polémica contra los sistemas en que existe un poder que puede modificar la lista de los derechos constitucionales de hoy para mañana, “con un trazo de lapicera”. Es a la luz de esta polémica como debe interpretarse la noción de soberanía del Parlamento. La superioridad del sistema inglés, según Dicey, reside precisamente en el hecho de que la tutela de los derechos es confiada, además y antes que al Parlamento, al cuerpo judicial formado en la tradición de *common law*. A falta de una verdadera y propia ley constitucional, consagrada en un documento escrito y venerada como fundamento de la autoridad legal, Dicey atribuye al *rule of law* la función de conferir rango constitucional a los derechos tradicionalmente reconocidos a los ingleses por el *common law*. Puede decirse que *The Law of the Constitution* representa el intento de esbozar una *common law constitution*. En el cuadro trazado por Dicey —más que en la definición que da del *rule of law*— este último refleja e incorpora las ideas

¹¹⁴ He desarrollado las tesis presentadas en este párrafo en SANTORO, E., “*Rule of law e libertà degli inglesi. L'interpretazione di Albert Venn Dicey*” en COSTA P. y ZOLO, D., *Lo Stato di diritto...*, *op. cit.*

y los valores en torno a los cuales se articuló el *common law* en su secular desarrollo. Para Dicey, el *rule of law* es por sí mismo una etiqueta en gran parte vacía, cuyo contenido está determinado por el *common law*. Es esto, en última instancia, lo que define las características de la Constitución. Es gracias al *common law* que en Gran Bretaña, antes que en otros países, libertades importantes (las denominadas “libertades de los ingleses”) se dotaron de protección y se afirmaron y consolidaron cánones de justicia y de equidad que aún hoy aparecen como fundamentales.

La “Constitución inglesa”, en razón de la “supremacía del *rule of law*”, se presenta, según Dicey, como la institucionalización de dos principios fundamentales del liberalismo del siglo XIX. En virtud de tal supremacía, la Constitución está caracterizada en primer lugar por el principio de estricta legalidad: todo acto de gobierno que incide en la esfera de la libertad individual o sobre la propiedad debe estar previsto por la ley. En segundo lugar, la Constitución consagra el principio de la unicidad del sujeto de derecho: todos los individuos, independientemente de su *status* o rol, están sujetos al ordenamiento jurídico. En virtud de la “supremacía del *rule of law*” en Gran Bretaña —sostiene Dicey—,

...ningún hombre es punible o puede ser legítimamente sancionado en su persona o en sus bienes sino por una precisa violación del derecho, comprobada según el normal procedimiento jurídico de las Cortes ordinarias.¹¹⁵

Como lo indica la remisión a las “Cortes ordinarias” en el párrafo recién citado, la peculiaridad de la formulación de Dicey de este último principio consiste en el hecho de que subraya tanto el aspecto de la unicidad de la ley, como el aspecto de la unicidad de la jurisdicción. Pareciera que Dicey no coloca el tercer aspecto de la Constitución inglesa, que deriva de la supremacía del *rule of law*, en el plano axiológico sino en el factual, no es un principio sino un dato

¹¹⁵ DICEY, A.V., *The Law of the Constitution...*, *op. cit.*, p. 110.

histórico. Al constitucionalista inglés le importa poner de relieve que en Inglaterra, contrariamente a lo sucedido en los países de la Europa continental, el actor fundamental del proceso constitucional han sido las Cortes que, con la ayuda del Parlamento, realizaron un verdadero y propio proceso de constitucionalización de los derechos tradicionalmente garantizados por el *common law*: “entre nosotros los principios del derecho privado fueron *extendidos de tal modo por la acción de las Cortes y del Parlamento como para determinar la posición jurídica de la Corona y de sus funcionarios*”.¹¹⁶ En este proceso, Cortes y Parlamento no desempeñaron el mismo papel y, por tanto, no deben ser puestos en el mismo plano. El Parlamento, en cuanto órgano legislativo, se limitó, en efecto, a recepcionar y sistematizar la elaboración jurisprudencial de las Cortes y cuando participó de modo creativo en el proceso de constitucionalización de los derechos, lo hizo como *High Court* del país y no como órgano legislativo,¹¹⁷ reelaborando por tanto el *common law* y no “creando” nuevo derecho.¹¹⁸

Desde esta constatación parte el célebre ataque que Dicey dirige a las declaraciones de los derechos. El verdadero problema, sostiene Dicey, no es que la ausencia de una Constitución escrita en Gran Bretaña haría problemática la defensa de los derechos individuales, sino más bien, es la escasa protección que tales derechos reciben en los países dotados de una Constitución escrita. La relación entre los derechos individuales y la “Constitución” en un país como Gran Bretaña, donde tales derechos están fundados en decisiones judiciales, es muy distinta

¹¹⁶ *Ibidem.*, p. 121. La cursiva me pertenece.

¹¹⁷ Acerca del doble rol, de órgano judicial y legislativo, del Parlamento inglés y sus implicaciones para la teoría constitucional anglosajona, veáse MCILWAIN, C.H. *The High Court of Parliament and its Supremacy, 1910*, Arno Press, New York, 1979. Para una crítica, a mi juicio no plenamente convincente, de las tesis de McIlwain véase GOLDSWORTHY, J., *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1999.

¹¹⁸ “Los principios que se pueden descubrir en la Constitución inglesa son, como todas las máximas establecidas por la legislación judicial, meras generalizaciones extraídas de las decisiones y de las opiniones de los jueces, o bien de leyes que, habiendo sido aprobadas para resolver exigencias especiales, se parecen mucho a las decisiones judiciales y son en efecto sentencias pronunciadas por la *High Court of Parliament*”. DICEY, A.V., *The Law of the Constitution...*, *op. cit.*, p. 116.

de la relación entre los derechos individuales y las Constituciones de los países de Europa continental, donde existen Cartas Fundamentales producidas por un acto constituyente. En estos últimos,

...el derecho individual a la libertad personal deriva o está garantizado por la constitución. En Inglaterra el derecho a la libertad individual forma parte de la constitución porque está garantizado por las decisiones de las Cortes, luego ampliadas o confirmadas por los *Habeas Corpus Acts*.¹¹⁹

Para comprender las tesis de Dicey es necesario volver a la génesis del sistema inglés. La relación entre Parlamento, Gobierno y cuerpo judicial se ha desarrollado en Inglaterra a partir de un conflicto que vio a las Cortes y al Parlamento aliados contra la Corona. Estos sucesos han hecho que, como lo subraya Dicey, el Parlamento haya mostrado una tendencia a proteger la independencia de los jueces, mientras que los soberanos han pretendido garantizar a los funcionarios públicos el ejercicio de sus poderes.¹²⁰ La evolución histórica ha llevado, pues, a una situación en que el Parlamento era soberano, pero debía ejercer su propia soberanía en acuerdo con las Cortes, sus aliadas. La praxis judicial, hecha posible por esta peculiar relación, es la que vuelve plausible la concepción del *rule of law* propuesta en *The Law of the Constitution*.

El Parlamento expresa su voluntad sólo a través de los *Acts of Parliament*. Este dato, sostiene Dicey, aumenta fuertemente la autoridad de los jueces. Base de la concepción del *rule of law* elaborada por Dicey es la aceptación de que por definición —y no en virtud de una norma constitucional que limita la soberanía del Parlamento— cada ley atribuye a las Cortes ordinarias tanto el poder de

¹¹⁹ *Idem*.

¹²⁰ *Ibidem.*, p. 270. El signo más evidente de esta alianza-simbiosis es que parece del todo normal el hecho de que, rigurosamente hablando, los jueces no son inamovibles; pueden ser removidos de su cargo por decisión de las dos Cámaras. Los magistrados han aceptado de buen grado ser “independientes de todo poder del Estado, excepto que del Parlamento”.

aplicarla como el de juzgar sobre su aplicación por los funcionarios administrativos.¹²¹ Es esta “regla” la que le permite a Dicey presentar la soberanía del Parlamento y el *rule of law*, no sólo como mutuamente compatibles sino sinérgicos, o sea sostener que la supremacía del derecho hace necesario el ejercicio de la soberanía parlamentaria.¹²²

Pero esto no es todo. Dicey subraya también que es esencial para la vigencia del *rule of law* que las Cortes, como han hecho tradicionalmente las Cortes inglesas, se remitan solamente al tenor literal de la ley, para interpretarla:

Un proyecto de ley aprobado por el Parlamento queda inmediatamente sujeto a la interpretación judicial y los jueces ingleses han rechazado siempre, al menos en principio, interpretar una ley del Parlamento si no es con referencia a las palabras del texto aprobado.¹²³

Esta prescripción podría parecer una ritual proclamación del principio de la subordinación de las Cortes a la voluntad del legislador, o sea una reafirmación de aquel principio que en Francia llevó a la introducción, por un breve periodo, del *référé législatif*. Ella indica, en cambio, un camino exactamente opuesto. Convo-

¹²¹ Entonces, tiene razón Sir Ivor Jennings (*The Law and the Constitution*, V edición, London University Press, London, 1967, pp. 152–3), cuando subraya que el principio fundamental de la “Constitución inglesa” no es la soberanía del Parlamento, como escribe Dicey, sino la regla según la cual las Cortes aplican como derecho aquello que ha sido aprobado según las forma jurídicas prescriptas: “las Cortes no se interesan en absoluto por la soberanía, sino sólo por el derecho vigente. La ‘soberanía jurídica’ es solamente un nombre para indicar que el legislativo tiene por el momento el derecho de emitir leyes de cualquier tipo, según el procedimiento previsto por el derecho. En otras palabras, una norma promulgada por la Reina, ‘con la opinión y el consenso de los Lords espirituales y temporales, y de los Comunes reunidos en este Parlamento y en virtud de su autoridad’, será reconocida como derecho por las Cortes”. Por lo demás, la misma noción diceyana de “soberanía legal” implica que el poder del parlamento no es originario y absoluto, sino que deriva de una fuente jurídica, de otro modo no está claro qué cosa la convierte en “legal” (*cfr. Ibidem.*, pp. 156).

¹²² *Cfr. DICEY, A.V., The Law of the Constitution..., op. cit.*, p. 271.

¹²³ *Ibidem.*, p. 269.

cando a los jueces a atenerse exclusivamente a las palabras del texto legislativo, Dicey pretende recordarles que *no deben tener en cuenta absolutamente la intención del legislador*. “Un juez inglés no tendrá en cuenta alguna los cambios que un proyecto de ley puede haber sufrido entre el momento de su primera presentación en el Parlamento y el de su promulgación por parte del rey”.¹²⁴ Esta regla hermenéutica, sostiene Dicey, es un elemento fundamental para asegurar la autoridad de los jueces y la estabilidad del derecho.

Según Dicey, pues, el *rule of law* presupone que los jueces no consideren la ley como expresión de la voluntad del Parlamento. Debe ser considerada, en cambio, como un texto a insertar en el cuerpo del *common law*, a la luz del cual debe determinarse su significado. Los jueces llamados a interpretar la ley están influenciados no sólo por los sentimientos típicos de la magistratura que, como hemos visto, es “celosa” en relación con el poder del Ejecutivo, sino también por el espíritu del *common law*. Estas actitudes de las Cortes, protegidas por la fidelidad a la letra de la ley, son el pilar del *rule of law*, así como ha sido teorizado por Dicey. Son estas actitudes de las Cortes las que neutralizan el voluntarismo insito en el principio de la soberanía del Parlamento y aseguran la protección de las “libertades de los ingleses”.

Algunas observaciones de Fish,¹²⁵ sobre el valor de la fidelidad a la letra del texto normativo, aclaran muy bien el sentido de la operación de Dicey. Fish observó que la remisión al tenor literal del texto configura sólo en apariencia el

¹²⁴ *Idem*. Dentro de esta óptica, el art. 12 de las preleyes del Código Civil italiano que retoma, como criterios hermenéuticos, “el significado propio de las palabras”, “la conexión de ellas” y “la intención del legislador”, representa la expresión emblemática de los principios de la concepción rousseauiana–montesquieuana. Es evidente que, desde un punto de vista que acepta que también el sentido propio de las palabras y el de su conexión es fruto de una interpretación, la remisión a la intención del legislador termina por ser el elemento caracterizante que contrapone esta disciplina de la interpretación de la ley a la que Dicey considera la base del *rule of law*.

¹²⁵ FISH, S., *Interpretative Authority in the Classroom and in Literary Criticism*, ahora en *Is There a Text in This Class? The Authority of the Interpretative Communities*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1980, tr. it. Einaudi, Torino, 1987, pp. 195–6.

rechazo de toda interpretación. En realidad, con esta estrategia exegética, “un conjunto de principios interpretativos es reemplazado por otro, que reivindica para sí mismo la virtud de no ser para nada una interpretación”. Dicey parece perfectamente consciente de que el “retorno al texto” no es en rigor una estrategia posible, porque el texto que se invoca será el texto propuesto por alguna otra interpretación. Al mismo tiempo, parece convencido de que el hecho de que nadie pueda invocar el tenor literal del texto no vuelve menos eficaz esta estrategia interpretativa. La remisión a la letra del texto es una estrategia exegética, tanto más eficaz cuanto más se encuentra arraigada en los juristas la convicción de que su actividad debería consistir en dejar que el texto hable por sí mismo. Dicey parece seguro de que, invocando la fidelidad al tenor literal del texto, obtendrá un regreso a los cánones interpretativos del *common law*. Moviéndose sobre esta convicción logra separar el texto legislativo de su fuente de producción y entregarlo en las manos de sus intérpretes (que es una salida seguramente paradójica cuando invoca el tenor literal de la ley).

La posición de Dicey, aunque pueda parecer extraña a los ojos del jurista continental, no es absolutamente excéntrica; por el contrario, ella se inserta en la tradición del *common law*. La tesis de que los jueces deben interpretar la ley de acuerdo con “las normas y el espíritu del *common law*” se remonta a Sir Edward Coke.¹²⁶ Carleton Kemp Allen, en su monumental *Law in the Making*,¹²⁷ ha subrayado que la máxima de Coke es una “guía esencial” que asegura la continuidad

¹²⁶ La autoridad de la “razón artificial” fue reivindicada por Coke como peculiaridad de los juristas del *common law* en el curso de su famosa controversia con James I. Para una discusión de las tesis sostenidas por Coke en esta disputa y de su concepción de la “razón”, me permito reenviar a SANTORO, E., *Common Law e costituzione...*, *op. cit.*, pp. 23–8. Me limito a subrayar la cercanía entre la idea de una comunidad de los intérpretes y la idea de Coke de una comunidad que se caracteriza por el uso de la “razón artificial”, que seguramente merece ser desarrollada y que, probablemente, es el punto que permite considerar la doctrina del *rule of law* como una concepción del estado de derecho adecuada para el derecho concebido como práctica.

¹²⁷ ALLEN, C. K., *Law in the Making*, Clarendon Press, Oxford, 1964, pp. 456–7. La primera edición de esta obra se remonta a 1972 y le siguieron otras seis. Las citas son extraídas de la semana, salida en 1964.

del desarrollo del derecho, ajustando el impacto de las nuevas disposiciones legislativas de modo que se inserten en el esquema constitucional existente. Como lo ha recordado recientemente Postema,¹²⁸ esta tradición y el mito que la ha rodeado han instalado, como fundamento de la actividad de las Cortes, el convencimiento de que el derecho formalmente establecido puede ser aceptado en el cuerpo del derecho inglés únicamente en cuanto sea integrable al *common law*.

Este enfoque llega al punto de sostener, en forma análoga a como lo hiciera el realismo jurídico del siglo XX, que los actos legislativos no son automáticamente derecho. Los jueces pueden, con las debidas cautelas y modalidades, negarse a aceptar una ley como derecho. Como lo afirma Postema,¹²⁹ son en especial las tesis de Sir Mathew Hale¹³⁰ las que dejan entrever cuáles son las reglas que, según la tradición de *common law*, rigen la recepción de los actos legislativos en el derecho inglés. Se considera a las leyes como actos normativos que se insertan dentro del cuadro de los principios del *common law* y operan con base en este mismo cuadro. Cuando parece imposible el seguir esta vía interpretativa, porque la ley se aleja netamente del cuadro definido por el *common law*, los jueces deben interpretar el lenguaje de las normas legislativas de modo restrictivo, de manera de preservar lo más posible la disciplina normativa del *common law*. Los jueces deben actuar desde la aceptación de que el Parlamento puede ampliar o restringir la fuerza de las normas de *common law*, pero no alterar su sustancia o agregar nuevas normas completamente extrañas a su sistema. Ellos pueden interpretar y aplicar las leyes exclusivamente con base en las categorías jurídicas tradicionales del *common law*, reconstruyendo las normas legislativas que aparentemente se alejen del cuadro definido por éste, teniendo en cuenta aquella “razón artificial” que Coke elevó a patrimonio específico de los juristas. De las páginas de Hale emerge

¹²⁸ POSTEMA, G.J., *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon, Oxford, 1986, p. 17.

¹²⁹ *Ibidem.*, pp. 24–5.

¹³⁰ Para una presentación de las tesis de este autor y para su confrontación con las de Coke, reenvío a mi *Common law e costituzione...*, *op. cit.*, pp. 29–32 y 37–41; véase también GRAY, C.M., “Editor's Introduction”, en HALE, M., *The History of the Common Law*, The University Press of Chicago, Chicago and London, 1971, en especial pp. XXI–XXXVII.

ya claramente el esquema que Dicey hace propio. Hale sostiene, en efecto, que sólo el Parlamento tiene el poder de producir nuevo derecho. Pero este producto tiene un impacto y un significado limitado si no se lo incorpora al *common law*. Sin esta “incorporación” el acto legislativo es válido, en virtud de la norma constitucional que autoriza su producción —lo que Dicey define como “soberanía del Parlamento”—, pero existe exclusivamente como acto normativo aislado, como un estorbo transitorio en la superficie del derecho, que no deja marcas profundas.

El Parlamento tiene el poder constitucional de aprobar una disciplina incluso totalmente nueva respecto de la prevista por el *common law*, pero la simple aprobación no transforma automáticamente la ley en “derecho”. Esta devendrá en “derecho” sólo si y cuando las Cortes la conviertan en parte integrante del *common law*, sustituyendo las reglas preexistentes. La soberanía del Parlamento implica, en un cierto sentido, no el poder de *producir* derecho, sino el de *proponer* derecho, con la advertencia de que en lo inmediato las propuestas tienen validez jurídica, validez que, empero, puede ser efímera. El Parlamento, entonces, ejerce la soberanía legislativa, pero los jueces quedan como, usando de nuevo la célebre metáfora de Lewis Carrol, los verdaderos *masters* del derecho. Ellos son los que establecen —con base en los principios del *common law*— cuáles son las reglas. La teoría clásica del *common law*¹³¹ se apoya en la idea de que “a través de la interpretación” los jueces ejercen un “control” constante sobre la legislación. Como destaca Allen, el principio dominante, siempre presente en la mente de los jueces, es la idea de que el *common law* es más amplio y más fundamental que las leyes y que, por lo tanto, “cuando es posible —lo cual quiere decir cada vez que los jueces lo consideren oportuno— los actos legislativos deben ser interpretados en armonía y no en contraste con los principios establecidos por el *common law*”.¹³²

¹³¹ Defino como “teoría clásica del *common law*” la que se desarrolló antes de Austin. Considero, en cambio, “teoría moderna del *common law*” la desarrollada a partir de la segunda mitad del siglo XIX bajo la influencia de las enseñanzas austrianas. He desarrollado esta distinción en la segunda parte de mi *Common law e costituzione...*, *op. cit.*

¹³² ALLEN, C. K., *Law in...*, *op. cit.*, p. 456.

Una vez introducida en el esquema trazado por Hale, que pronto se convirtió en cuadro de referencia de la teoría clásica del *common law*, la doctrina constitucional de Dicey aparece como coherente y significativa. Las tesis de Hale permiten entender que la soberanía del Parlamento, en el cuadro constitucional delineado por Dicey, no se configura como la expresión mediata de la soberanía popular. En última instancia, la soberanía ni siquiera es una prerrogativa del Parlamento entendido como órgano del Estado. Consiste, más bien, en la soberanía de los *Acts of Parliament*. Es esta equiparación la que le permite a Dicey reducir el *rule of law* a principios de legalidad. Pero, debe tenerse en cuenta que “soberanía de la ley” significa soberanía de los *Acts* tal como son interpretados en cada caso por los jueces, a la luz de los principios del *common law*. El que guía la concreta determinación del contenido de la ley es el contexto del *common law* y no la voluntad del Parlamento o del cuerpo electoral. En otras palabras, Dicey puede reducir la noción de *rule of law* al principio de legalidad porque trabaja sobre una tradición, la definida por Hale. Por esta razón, el hecho de que una norma sea derecho de modo estable, presupone no sólo que haya sido aprobada por el Parlamento según determinadas modalidades —es decir, que sea un *Act of Parliament*—, sino que haya sido también evaluada a la luz de los estándares, de los valores y de los principios propios del *common law*. Es este cuadro teórico el que permite dar sentido a toda la construcción de Dicey y permite, en especial, la convivencia, dentro de su sistema, de dos principios en apariencia contradictorios, como la soberanía del Parlamento y el *rule of law* entendido en sentido sustancial como protección de los derechos fundamentales de los individuos.

En la perspectiva del derecho como “práctica”, el mayor mérito que puede atribuirse a Dicey es haber cuestionado de manera radical el papel del juez como “boca de la ley” o “boca de la Constitución” y haber colocado el problema de la tutela de los derechos en el plano del rol de las Cortes y de la interpretación de los textos normativos. La concepción de la independencia del Poder Judicial, que fundamenta aquel paradigma, es muy diferente de la que caracteriza la tradición de *common law*, a la que remite Dicey. Mientras que la primera atribuye a las Cortes solamente una independencia orgánica, considerada funcional a la aplicación

neutral de la voluntad del legislador, la segunda atribuye a las Cortes también una potestad normativa autónoma. Gracias a ella, como sostiene Dicey en *Law and Public Opinion*, es fácil que la interpretación de una norma (sobre todo cuando ésta constituye precedente) penetre en la extensión o en la fijación *ex novo* de la misma, o sea de hecho en la legislación; es natural que la línea de demarcación entre las dos actividades no pueda trazarse con precisión.¹³³

Una concepción como la Rousseau–Montesquieu debilita las bases del papel tradicionalmente ejercido por las Cortes de *common law* en defensa de los derechos individuales. Define este rol como una usurpación del poder político,¹³⁴ dado que los derechos individuales inhiben por definición el poder de la mayoría, o de los gobernantes, de transformar en normas su eventual voluntad despótica. La concepción de Dicey del *rule of law* se contrapone de modo neto a la concepción “fonográfica” del Poder Judicial, o sea a la idea de que el juez no es más que un mero repetidor de la voluntad del legislador. Atribuye a las Cortes un poder no sólo formalmente independiente, sino también dotado de una función normativa autónoma propia y dirigido a la tutela de los derechos individuales.

La protección de los derechos individuales garantizada por las Cortes, configurada casi como un verdadero y propio análisis de constitucionalidad, es el elemento que permite a Dicey sostener que el *rule of law* —entendido como tutela judicial de los derechos individuales— y soberanía del Parlamento son compatibles o hasta complementarios. El Parlamento, al contrario del gobierno, actúa a través de las leyes, y las leyes, a diferencia de los actos administrativos, son

¹³³ DICEY, A.V., *Lectures on the Relations between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, Macmillan, London, 1914, tr. it. il Mulino, Bologna, 1997, p. 482.

¹³⁴ Este es el aspecto de la doctrina de la división de los poderes que Dicey encuentra incompatible con el sistema constitucional inglés. En *Law and Public Opinion* (*Ibid.*, p. 115), en efecto, escribe: “la democracia inglesa ha recepcionado en gran medida las tradiciones del gobierno aristocrático, del cual es heredera. Las relaciones del poder judicial con el ejecutivo, con el parlamento y con el pueblo siguen siendo aún hoy muy similares a como eran a comienzos de siglo y nadie soñaría en afirmar que el gobierno y la administración no están sujetos al control y a la interferencia de los jueces”.

aplicadas, y por tanto examinadas, exclusivamente por las Cortes ordinarias. Únicamente si las normas son producidas por el Parlamento, las Cortes pueden garantizar la efectividad del *rule of law* o, mejor aún, pueden garantizar los valores y los derechos de la *common law constitution*. Según Dicey, el hecho de que entre la promulgación de la ley y su aplicación se inserte el examen de las Cortes, es decir, el hecho de que la ley pueda ser transformada sólo por las Cortes en normas individuales, permitió en Gran Bretaña y lo permitía, incluso entre los siglos XIX y XX, sujetar la legislación no sólo a los vínculos de forma y de método, sino a unas limitaciones efectivas de contenido y de ámbito.

Por tanto, el *rule of law* emerge del sistema elaborado por Dicey como principio jurisprudencial, que lleva a tratar la legislación parlamentaria como el producto de un proceso democrático, cuya legitimidad depende, en última instancia, de la condición de que ella respete algunos derechos fundamentales, los históricos “derechos de los ingleses”. Un juez respeta la voluntad popular, tal como ella se expresa a través de las leyes, porque su “ideología normativa” incluye el valor de la democracia (o, más simplemente, el principio de la soberanía parlamentaria). Pero, la legitimidad de una ley es una legitimidad *prima facie*. La democraticidad del Parlamento no debe inducir a los jueces a aplicar automáticamente una ley aprobada por éste, cualquiera sea su contenido. El *rule of law* requiere que una ley formalmente válida que viole importantes derechos civiles sea interpretada por las Cortes de modo coherente con los valores de la libertad y de la autonomía individual que, según Dicey, son los valores tradicionalmente garantizados por el *common law*.

El valor garantista del sistema que Dicey define, colocándose en la tradición del *common law* tal como fuera señalado por Hale, se pone en evidencia por su discusión de los “momentos de crisis”, o sea cuando el Parlamento aprueba un *Act of Indemnity*, suspende la validez de los *Habeas Corpus Acts* o concede poderes excepcionales al gobierno para enfrentar una situación de peligro. Estos actos legislativos representan, usando las palabras de Dicey, “el extremo y supremo ejercicio de la soberanía parlamentaria” y liberan de restricciones la acción del Poder Eje-

cutivo. Sin embargo, incluso en presencia de tales actos, el Poder Ejecutivo debe actuar, “también cuando está dotado de la máxima autoridad, bajo la supervisión, por así decirlo, de las Cortes”:

Los poderes, por más que sean extraordinarios, conferidos o sancionados por una ley, nunca son realmente ilimitados, porque están circunscriptos por las palabras de la ley misma, y, *cosa más importante, por la interpretación de la ley dada por los jueces.*¹³⁵

Aun en el ejercicio de la máxima expresión de su soberanía, el Parlamento se ve, pues, constreñido a ejercer su poder, si no en cohabitación con las Cortes ordinarias, al menos teniendo presente la espada de Damocles de su posterior examen, a la luz de los cánones del *common law*. En efecto, el poder se atribuye al Ejecutivo por una ley y, en consecuencia, según el postulado general de la teoría de Dicey, la legitimidad de los actos realizados con base en ella se remite al juicio de las Cortes ordinarias, titulares de la competencia para juzgar sobre la correcta aplicación de toda ley:

El ejecutivo inglés necesita, entonces, el derecho de ejercer poderes discretionales, pero las Cortes deben impedir, o lo impedirán seguramente cuando esté en juego la libertad personal, el ejercicio de poderes discretionales de cualquier tipo de parte del gobierno.¹³⁶

Por tanto, también en el caso de una concesión al gobierno de poderes excepcionales, el Poder Judicial no es un poder subordinado, que se atiene a la voluntad del Parlamento; es, por el contrario, un poder autónomo que a través de su actividad interpretativa garantiza la tutela de los derechos de los ciudadanos. Si las Cortes, hostiles por cultura a la concesión de poderes extraordinarios al gobierno, juzgaran la atribución de tales poderes no acorde con los principios del

¹³⁵ DICEY, A.V., *The Law of the Constitution...*, *op. cit.*, p. 273, cursiva mía.

¹³⁶ *Ibidem.*, p. 272.

common law, considerarán al gobierno y a los funcionarios públicos responsables de los actos cumplidos como si la ley especial no existiera. Una vez más, la validez de la ley y la legitimidad del comportamiento de los funcionarios públicos dependen, usando el lenguaje de Hale, del hecho de que las Cortes “accepten” o no la ley extraordinaria:

El Parlamento es el legislador supremo, pero desde el momento en que el Parlamento ha manifestado su voluntad de legislador, ésta queda sujeta a la interpretación que le dan los jueces ordinarios; y los jueces, *influenciados por sus sentimientos de magistrados no menos que por el espíritu general del common law*, se inclinan por interpretar las excepciones legislativas a los principios del *common law* de una manera diferente a como lo harían un cuerpo de funcionarios o las Cámaras, si estas últimas fueran llamadas a interpretar sus propias leyes.¹³⁷

¹³⁷ *Ibidem.*, p. 273, cursiva mía.

9. Del “Estado de la ley” al “Estado de los derechos”

Las doctrinas continentales del Estado de derecho han vuelto a proponer el esquema de la relación entre teoría y práctica, a partir del cual el pensamiento occidental concibió tradicionalmente la acción humana. Podríamos decir que, según este esquema, el intelecto concibe la forma ideal (el derecho) y luego confía a la voluntad —una “voluntad de hierro”, que “rompe los obstáculos” (el Poder Ejecutivo)— la tarea de transformar el proyecto en acciones concretas. El “juez” no debe hacer más que vigilar que el Poder Ejecutivo se mantenga fiel al proyecto, salvo que se modifique el plan inicial por razones “estratégicas”, cuando se advierte que las cosas proceden de modo diferente a como se habían previsto. Para dar cuenta de la derrota de un modelo ideal que guía la acción, el pensamiento occidental utiliza el concepto de divergencia (*attrito*). Este concepto es lo bastante general como para permitir la distinción entre los casos “reales” y lo que se lee en los libros y como para dar cuenta del hecho de que la eficacia de un sistema jurídico, o de una norma en particular, disminuye “bajo la influencia de innumerables pequeñas causas, de imposible y conveniente apreciación en un escritorio”.¹³⁸ Por más que la “máquina” del

¹³⁸ La cita es tomada de CLAUSEWITZ, K. Von, *Vom Kriege*, Berlin, 1832, tr. it. *Della guerra*, Mondadori, Milano, 1942. La lectura de esta obra (seguramente ajena al tema) ha estimulado la reflexión

derecho esté bien “aceitada” quedan, de todos modos, infinitos puntos de roce que, aunque fueran mínimos, producen una fuerte resistencia al buen funcionamiento del mecanismo normativo. Las doctrinas continentales del Estado de derecho, tomando en serio el paradigma Rousseau–Montesquieu, se esforzaron por modelar lo que no soporta modelos. Como era inevitable, la historia ha mostrado que éste es un esfuerzo inútil, si no desesperado.

La teoría jurídica moderna ha identificado la subjetividad del juez como el principal receptáculo de los elementos disfuncionales. El pesimismo antropológico ha llevado a describir al decisor como el principal responsable de la distancia entre el plan de las normas y su efectivo rendimiento, como el catalizador de toda (*atrito*) divergencia. La subjetividad del decisor se ha colocado, pues, como problema central de la teoría jurídica moderna. A pesar de las teorías “hercúleas” del juez, tan caras a Ronald Dworkin y a sus seguidores, o de la tesis de Posner, según la cual el juez debe tener en cuenta el efecto económico integral (en el breve y en el largo plazo) de su decisión, sería ilusorio pensar en reducir, con más teoría, la distancia entre el plano del proyecto jurídico y el de las acciones. Las escuelas estadounidenses, que tratan de resolver el problema de la incertidumbre remitiéndose a criterios normativos tomados en préstamo de otras disciplinas, creen poder superar el *gap* entre proyecto y realidad a través de una construcción teórica más compleja. Se dirigen a otras disciplinas, precisamente porque piensan que la reflexión jurídica no es capaz de proporcionar este *surplus* de teoría. Pero se trata de un callejón sin salida. Ninguna teoría general puede tener éxito donde ha fallado la dogmática jurídica. El *gap* queda incolmable y puede ser, en todo caso, reducido por la práctica de decisores insertos en una cultura jurídica específica y por su entrenamiento en tratar casos concretos.

Esta premisa origina la pregunta: ¿en qué condiciones es posible una ciencia del derecho, entendido como limitación del poder soberano? Por este camino, se

sobre la relación entre plano de acción, ley y realidad magmática de las interacciones y conflictualidades sociales, el “objeto viviente y reactivo” en el lenguaje de Clausewitz.

corre el riesgo de llegar muy pronto a la paradójal conclusión de que, de las muchas formas lógicas que se esfuerzan por regular el mundo de la acción, la más rigurosa —la de la “ley”— resulta inaplicable por el dinamismo y por la variedad de los fenómenos sociales. Los juristas y los legisladores parecen olvidar que el derecho no es una actividad de la voluntad aplicada a una materia inerte. La peculiaridad del derecho, como lo subrayan Viola y Zaccaria,¹³⁹ es la de ser pensado para las “acciones” y no para las “obras”, de tener que vérselas con la variedad y la variabilidad de la vida social, con la realidad magmática de las más diversas interacciones y de los más diferentes conflictos. Tanto los juristas (y los legisladores) que se han inspirado en el modelo Rousseau–Montesquieu, como los que hoy se aferran a las teorías morales y económicas, parecen no tomar en serio la circunstancia de que la multiformidad y la intensidad reactiva de la vida social escapan de todo plan preestablecido. La tendencia recurrente del discurso jurídico a volverse “dogmático”, entendido no como una práctica dialógica sino como un saber “fijo y estable”, es la más elocuente expresión del intento desesperado de los juristas por detener el tiempo y el cambio. Como pone de relieve Costa,¹⁴⁰ “el mundo posible” que los juristas imaginan “es un mundo esencialmente ordenado, es el mundo como *orden*”, es “una realidad ordenada y 'bloqueada' en un juego de encastrés donde los sujetos, las acciones, las normas, las transgresiones están previstas, organizadas, colocadas cada una en su lugar”.

En realidad, la acción del juez (y más en general, del jurista), cuyo plan es muy a menudo turbado por fenómenos de carácter contingente e individual, debería confiarse mucho más a la sensibilidad y al talento individual, antes que a las generalizaciones teóricas. El dato más importante que emerge, me parece, de la concepción del *rule of law* de Dicey, es la conciencia de que no hay otro camino posible que tener en cuenta el inevitable *déficit* teórico de todo sistema normativo. Esta conclusión se encuentra probablemente en conflicto con las convicciones del mismo constitucionalista inglés, pero ciertamente no con los principios ins-

¹³⁹ VIOLA, F. y ZACCARIA, G., *Diritto ed interpretazione...*, *op. cit.*, p. 462.

¹⁴⁰ COSTA, P. “Discorso giuridico e immaginazione...”, *op. cit.*, p. 32.

piradores del *common law* a los que remite su pensamiento. Dicey parece consciente de la no sustentabilidad del ideal que normalmente se asocia a la noción de “Estado de derecho”: el ideal del gobierno de la ley contrapuesto al de los hombres. Nadie puede pensar seriamente que una comunidad sea gobernada por las normas y no por los hombres. Como ha sostenido Llewellyn, la representación correcta es la de una interacción “*of man acting under and within rules, and under and within a tradition both of goodwill and of know—how each of which is part of what we know as 'under the law'*”.¹⁴¹ El ideal del gobierno de la ley, o sea el ideal según el cual las controversias son resueltas por el derecho y no por la discrecionalidad de cada individuo, debe ser removido enérgicamente con la realidad de los fenómenos sociales y de las específicas comunidades a que el jurista hace referencia.

En este cuadro, puede definirse como jusrealista a la filosofía del *rule of law* que emerge de las páginas de Dicey, porque su elemento dominante es la idea de que la producción de las normas no es tarea exclusiva del legislador. Es la idea de que, para dar vida a un *rule of law* no puramente formal, es necesario que la producción de las normas sea ejercida de modo sinérgico por el legislador y por los jueces. Pareciera que la tradición de *common law* hace tomar conciencia a Dicey de que el derecho no es el conjunto de las normas de autoridad, que establecen cómo los jueces (o, más en general, los funcionarios públicos) deben conducirse en los infinitos casos contingentes que deben afrontar. El derecho, como han subrayado los realistas americanos y escandinavos, se compone —además que de normas— de conceptos, principios, ideales y estándares de comportamiento. Consiste en un amplio espectro de instrumentos —que incorporan una larga tradición— y de esquemas conceptuales que forman a los hombres y plasman su obra. Parte no desechable del derecho son las “técnicas” y el “estilo de pensamiento” que permiten desarrollar y aplicar el material normativo a los fines del control social, de la disciplina de las conductas y de la resolución de los conflic-

¹⁴¹ LLEWELLYN, K., “Law and the Social Sciences—Especially Sociology”, en *Harvard Law Review*, LXII, 1949, p. 1296.

tos. Muchas de estas técnicas y una gran parte de este estilo de pensamiento se transmiten y se aprenden sin que sean verbalizadas. El mérito de Dicey ha sido el de abrir el camino que permite trasladar el *rule of law* desde el mundo de las normas al mundo de las acciones, de los comportamientos y del contexto social dentro del cual se ubica la obra del jurista.

La concepción del *rule of law* que emerge de las páginas de *The Law of the Constitution*, si bien inspirada por una ideología conservadora, parece tener en cuenta que una importante parte del derecho y de las instituciones jurídicas se funda en ideales con frecuencia más bien vagos. La concepción del *rule of law* elaborada por Dicey permite asumir que las normas jurídicas *no son el derecho*, son únicamente una parte de los instrumentos disponibles para las Cortes judiciales y, en general, para los juristas. El *rule of law* delineado por Dicey no toma distancia de la situación contingente y de la subjetividad de los actores concretos del proceso decisional, para refugiarse en el mundo de las normas, sino que considera central su pericia y las modalidades con que ellos discuten cómo resolver las controversias.

Muchos teóricos iuspositivistas reconocieron que los jueces producen (y no meramente aplican) las normas. Esta tesis ha sido sostenida en primer lugar por el normativista Kelsen. La cuestión es que, a partir de Kelsen, los iuspositivistas, concibiendo esta función normativa de los jueces como un grave problema, no han encontrado criterio alguno que los guíe en el ejercicio de la misma. Se limitan a reafirmar que la decisión del juez debe tener en cuenta las normas que definen su competencia en el caso específico. Por lo demás, cuando no pueden más que reconocer que su personalidad influye en la decisión, se limitan a decir que su tarea será influenciada “inevitablemente” también por su “conciencia”, término muy vago (y que deriva de la filosofía emotivista) en el cual se incluyen la moral, la ideología y las idiosincrasias personales de los jueces. El mérito de Dicey es el de tematizar sin reticencias la función normativa de las Cortes ordinarias e indicar los criterios, no morales o económicos sino jurídicos, a los cuales ellas deben inspirarse para que se pueda hablar de Estado de derecho.

Dicey define a un juez que, trascendiendo el mero deber de aplicar la ley, se propone como una autoridad autónoma y con una tarea específica: proteger los derechos fundamentales, incluso resistiendo la voluntad del legislador. Por ende, según este concepto, para poder hablar de *rule of law* es necesario, no tanto que los jueces administren la justicia con base en leyes públicas, claras, no retroactivas, etcétera, como que ellos interpreten los textos normativos, sin temor a manipular su significado, de manera que no lesionen los derechos considerados fundamentales. En otras palabras, se tiene el *rule of law* cuando un ordenamiento jurídico confía a los jueces no la tarea de aplicar la ley, sino la de resolver las controversias tutelando los derechos fundamentales. Esta tarea no coincide, como pretendería Dworkin cuando propone la figura “hercúlea” del juez, con la de definir la mejor teoría posible de los derechos. La doctrina del *rule of law* de Dicey no puede más que ser fiel al casuismo de la teoría del *common law* de Hale, que es su principal fuente de inspiración. La idea de la “mejor teoría posible de los derechos” está lejos de Dicey, quien elabora su concepción de *rule of law* partiendo no de una Constitución escrita —y, por tanto, ordenada en forma sistemática—, sino de una *common law constitution*. El juez debe proteger los derechos de los ciudadanos, siendo consciente de que, a veces, los derechos de los ciudadanos pueden ser amenazados también por normas acordes en abstracto con la Constitución. Para cumplir esa tarea el juez no debe recurrir a una teoría coherente y óptima de los derechos, sino que solamente debe motivar la suya, en modo considerado convincente por la comunidad de los juristas.

La concepción del derecho como “práctica” pone en evidencia, retomando la terminología de Raz, que la “eficacia” del derecho no depende tanto del modo en que las normas fueron formuladas (de su irretroactividad, claridad, publicidad, etcétera), como del modo en que son interpretadas. Esta concepción muestra que es la práctica interpretativa la que pone al derecho, usando las palabras de Viola y Zaccaria,¹⁴² en condiciones “de ofrecer estándares comunes de acción para

¹⁴² VIOLA, F. y ZACCARIA, G., *Diritto ed interpretazione...*, *op. cit.*, p. 459.

guiar el comportamiento de los miembros de una comunidad política, o sea de crear una red de reglas y de expectativas estables que permita a los individuos ejercer su autonomía personal en una lógica de interacción”. La teoría del *rule of law* elaborada por Dicey da un paso adelante: para que un sistema político no sólo esté regido por el derecho, sino que pueda definirse un “Estado de derecho”, es necesario que la praxis interpretativa de los jueces esté orientada a la garantía de los derechos.

Una vez abandonada la teoría del juez “boca de la ley”, es normal aceptar que:

...el jurista, como co-autor de textos prescriptivos, como sujeto profesional inserto en una interacción estrecha y continua con la clase política —con frecuencia él mismo es exponente no secundario de esa clase—, no proporciona instrumentos útiles para cualquier fin, sino que ofrece a la clase política un discurso que en sí ya incluye, espontáneamente, una imagen de sociedad y un proyecto de sociedad, una idea de lo que la sociedad es y una propuesta de lo que la sociedad debe llegar a ser.¹⁴³

Si se pretende elaborar una teoría realista (además de iusrealista) del Estado de derecho, debe tenerse en cuenta este dato de partida. Dicey parece hacerlo y parece indicar que, para que exista un Estado de derecho, legisladores y jueces deben participar en la formación de las normas, persiguiendo dos finalidades bien distintas (y, en consecuencia, dos criterios de legitimidad bien diferenciados): debe ser tarea del legislador buscar el bien colectivo, así como él lo entiende; tarea de los jueces debe ser la de tutelar los derechos de los ciudadanos (en el caso de Dicey, los derechos garantizados por el *common law*, pero en general los derechos constitucionales o, en todo caso, los derechos que deriven de la tradición constitucional).

¹⁴³ COSTA, P. “Discorso giuridico e immaginazione...”, *op. cit.*, p. 30.

El perfil del juez actor fundamental del *rule of law*, trazado por Dicey, parece muy similar al del juez actor fundamental del “Estado constitucional de derecho” diseñado por Luigi Ferrajoli. También para Ferrajoli¹⁴⁴ el juez se caracteriza por “una función y una dimensión pragmática desconocidas para la razón jurídica propia del viejo iuspositivismo dogmático y formalista”. Se le atribuye la “responsabilidad civil y política” de buscar, a través de operaciones interpretativas o jurisdiccionales, “la efectividad de los principios constitucionales, sin que sea posible, por lo demás, ilusionarse con que éstos puedan alguna vez ser enteramente realizables”. Lo que distingue a los dos enfoques es la concepción de la ciencia jurídica. Ferrajoli se opone a la idea, cara a Dworkin y Posner, de que se deba recurrir a criterios externos para definir la tarea del derecho. Para Ferrajoli, como para Dicey, “el constitucionalismo tomado en serio” es “proyecto del derecho por parte del derecho mismo”. Pero, el rigor de esta tarea se remite a los principios del normativismo formalista y no, como en la teoría de Dicey, a las condiciones de asertividad elaboradas por la comunidad de los juristas de un determinado ordenamiento constitucional.

En especial Ferrajoli, así como los sostenedores de la concepción Rousseau–Montesquieu, está firmemente convencido de la capacidad del lenguaje para limitar las facultades interpretativas del juez. Su principal preocupación es la de mostrar que la Constitución, lejos de debilitar la “certeza del derecho”, la fortalece. Lo que le preocupa es que la sujeción de la ley a la Constitución “introduce un elemento de permanente incertidumbre sobre la validez de la primera”, que en cualquier momento puede ser declarada en contraste con la segunda. Pero, se apresura a sostener que la Constitución “reduce la discrecionalidad interpretativa tanto de la jurisprudencia como de la ciencia jurídica. A paridad de condiciones, en efecto, un mismo texto de ley implica, según existan o no principios establecidos por una Constitución rígida, un abanico, en el primer caso más restringido y en el segundo más amplio, de interpretaciones legítimas”.¹⁴⁵ El avance, respecto del

¹⁴⁴ FERRAJOLI, L., “Lo Stato di diritto...”, *op. cit.*, pp 355–6.

¹⁴⁵ *Ibidem.*, p. 355.

“paradigma paleo–positivista”, que Ferrajoli reivindica para su concepción del “Estado constitucional de derecho”, está en el hecho de que este último logra disciplinar “no sólo las formas de la producción jurídica, sino también los significados normativos producidos”. La novedad está representada por el hecho de que el juez del “Estado constitucional de derecho” tiene ‘al mismo tiempo el rol científico y político’, “de comprobar (...) las antinomias generadas por la presencia de normas que violan los derechos de libertad, así como las lagunas generadas por la ausencia de normas que satisfagan los derechos sociales y, por otro lado, de solicitar la anulación de las primeras por inválidas y la introducción de las segundas por debidas”.¹⁴⁶ Pero la tarea de este juez, actor científico y político a un tiempo, es siempre una tarea de mera verificación. Debe comprobar qué es el derecho, teniendo presente que los principios proclamados por las Constituciones son derecho:

...también las leyes son, a su vez, reguladas por normas sobre su misma producción. Por tanto, ellas no sólo son condicionantes, como reglas de lengua, de la validez de las decisiones expresadas en lenguaje jurídico, sino que, al mismo tiempo, están condicionadas en su propia validez, como expresiones en lenguaje jurídico, por normas superiores que regulan no solamente su forma sino también su significado. Es en estas normas sustanciales sobre el significado donde residen los fundamentos del estado constitucional de derecho, ya sea que ellas impongan límites, como en el caso de los derechos de libertad, ya sea que impongan obligaciones, como en el caso de los derechos sociales.¹⁴⁷

El juez del “Estado constitucional de derecho” está obligado por el principio de estricta legalidad, como el de la concepción Rousseau–Montesquieu. Es siempre y de todos modos “boca de la ley” —en este caso de la ley constitucional— y su ámbito de acción siempre está delimitado por criterios formales, como la incoherencia y la incompletud de las normas, las antinomias del ordenamiento, sus

¹⁴⁶ *Idem.*

¹⁴⁷ *Ibidem.*, p. 359.

lagunas. Ferrajoli es plenamente consciente de quedar en el surco de esta tradición; más bien reivindica con orgullo esa pertenencia:

...el hecho de que ésta sea la vieja receta iluminista no le quita valor. El hecho de que todo esto fuera válido hace dos siglos, cuando la codificación permitió pasar del arbitrio de los jueces —propio del viejo derecho jurisprudencial— al Estado de derecho, no lo hace menos válido hoy, cuando la inflación legislativa ha hecho prácticamente retroceder el sistema penal a la incertidumbre del derecho premoderno.¹⁴⁸

Un Estado en que rige el *rule of law*, así como lo piensa Dicey, no es aquel que permite establecer con certeza si un determinado derecho es reconocido o no por el ordenamiento jurídico, sino aquel que garantiza que quien establezca cuáles son los derechos de las partes en una determinada situación tenga la propensión cultural a evaluar atentamente los derechos fundamentales en juego. Desde esta óptica, el *rule of law* no depende (solamente) de las características formales del ordenamiento, de la “moralidad” de la ley, tomando la expresión de Fuller, sino que es alimentado por la cultura jurídica de un determinado país, por la “ideología normativa” que lo caracteriza. El *rule of law* comporta una formación de los jueces, y del cuerpo forense en general, muy diferente de la que ha sido históricamente dominante en los países de la Europa continental. Al mismo tiempo, remite a un

¹⁴⁸ *Ibidem.*, p. 369–70. A decir verdad, a veces parece que Ferrajoli está convencido de que se debe abandonar la idea del significado autoevidente de las palabras y que, por tanto, los textos normativos pueden limitar el poder de los actores. Sostiene, por ejemplo (p. 362), que “la dimensión pragmática de la ciencia jurídica” está ligada al hecho de que “las normas y los principios no son más que significados, y no existen sólo en virtud de sus enunciaciones legales, sino también y aún más, como significados compartidos por la cultura jurídica y por el sentido común”. Pero, estas tímidas aperturas a la concepción del derecho como práctica —o sea, a una concepción del fenómeno jurídico que renuncia a aceptar que los significados están dados y reconoce que ellos, en cambio, son el fruto del uso de los términos lingüísticos, de las variables condiciones de asertividad de una determinada comunidad— están sumergidas por decenas de afirmaciones que hacen referencia a los textos normativos, antes que nada los constitucionales, como textos dotados de un significado autoevidente que indican claramente a los jueces lo que deben hacer. Así, sus tesis terminan por ser la primera demostración del hecho de que, como escribe (p. 362), “nuestra cultura jurídica es todavía, de hecho, ampliamente paleo-positivista”.

perfil cultural y profesional del juez muy distinto del auspiciado en los últimos decenios por los teóricos estadounidenses del derecho. Cuando Alejandro Pizzorno,¹⁴⁹ en un afortunado e importante ensayo sobre la expansión del Poder Judicial, pone el acento en la aparición y la difusión de una práctica —que puede ser definida como “control de corrección política” o “control de virtud”, por parte de la magistratura respecto de la clase política— adopta como clave de lectura teorías como las de Dworkin y de Posner. La idea del *rule of law* sostenida por Dicey está, en cambio, focalizada sobre la figura de un juez que no debe proponerse ejercer una función de “suplencia” con respecto a otros poderes y, en especial, respecto de la opinión pública, sino que debe desarrollar su función judicial realizando un control de “legalidad” y no de “moralidad”. Para que un país pueda ser caracterizado, como escribe Dicey, por la “supremacía del *rule of law*” debe formarse un cuerpo judicial dotado, retomando una vez más la terminología de Ross, de una “conciencia jurídica formal” que lo empuje no sólo a respetar los actos legislativos, aprobados según los procedimientos previstos, sino también a proteger los derechos y los bienes jurídicos considerados fundamentales. Esto quiere decir que en las academias debe enseñarse a los futuros jueces no sólo a comprobar, de modo más o menos unívoco, si existe en el ordenamiento jurídico una norma capaz de regular el caso a juzgar, sino también cómo esta norma incide concretamente sobre los derechos fundamentales de las partes y cuáles son las modalidades retóricas con las que eventualmente neutralizar una norma que no respete estos derechos.¹⁵⁰

¹⁴⁹ PIZZORNO, A., *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo di virtù*, Roma-Bari, 1998.

¹⁵⁰ Para la teoría del derecho, como práctica, el jurista es en primer lugar el “miembro competente” de la comunidad de los intérpretes. Uso la expresión “miembro competente”, en lugar del término “actor”, como lo hacen los etnometodólogos, para poner de relieve que lo que cuenta, más que la “persona” en sí, es su “dominio del lenguaje” de la comunidad con que se encuentra interactuando. Esta connotación del jurista permite seguir imaginando su mundo, según quiere la concepción rousseauiana-montesquieuana, como un mundo social exangüe, en que están ausentes los conceptos de finalidad y de proyecto y en el cual los sujetos se encuentran completamente inmersos en banales *routines* repetitivas. Pero la teoría del derecho como práctica permite también subrayar que si el mundo de los juristas tiene estas características no es porque no pueda ser diferente, como sostiene el normativismo, sino porque la comunidad política y los juristas han querido que así fuese. Lo cual quiere decir que no han querido un Estado de derecho.

Para percibir la relevancia de esta concepción del Estado de derecho, es suficiente reflexionar acerca de la circunstancia de que —conceptualizando el *rule of law* como el instrumento que constitucionaliza, a través de la obra de las Cortes, los derechos tradicionales de los ingleses— Dicey realiza una consciente elección política del derecho, cuyo éxito obstaculizó la consolidación del proyecto benthamiano. Como se sabe, Bentham en su célebre polémica contra la Declaración de 1789, había negado que los derechos pudiesen concebirse como el necesario complemento de la libertad individual y, por tanto, como parte esencial de la subjetividad político-social.¹⁵¹ Para Bentham los derechos de libertad encontraban fundamento en la seguridad¹⁵² y la seguridad no era un componente de la esfera de la libertad natural, sino que era el “bien” por excelencia conferido por el Estado a través de la ley. En este cuadro, la libertad se configura no como un *príus* lógico, sino como un elemento de la seguridad, como su “realización momentánea”.¹⁵³

Haciendo hincapié en el principio de legalidad, considerado igualmente obligatorio para el Poder Ejecutivo y para el judicial, Bentham, como todos aquellos que se remiten al paradigma Rousseau–Montesquieu,¹⁵⁴ identifica al “Estado de

¹⁵¹ BENTHAM, J., *Anarchical Fallacies*, tr. fr. de 1816 al cuidado de Dumont, É., “Sofhisme anarchiques”, en *Oeuvres de Jérémie Bentham*, Société Belge de Librairie, Bruxelles, 1840, vol. I, pp. 505–526; la versión inglesa del texto puede leerse ahora en WALDRON, J. (edit.), *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Malthuen, London, 1987.

¹⁵² BENTHAM, J., *Principles of the Civil Code*, en BOWRING, J. (coord.), *The Works of Jeremy Bentham*, I, William Tait, Edimburgh, 1843, pp. 297–358, parte I, cap. 2.

¹⁵³ Escribe Bentham: “entre los objetivos perseguidos por la ley, la seguridad es el único que concierne también al futuro. La supervivencia, la abundancia y la igualdad pueden existir solamente por un momento, pero la seguridad implica por definición la duración en el tiempo de todos los beneficios a los que es referida. Esta característica hace de la seguridad el objetivo prioritario”. *Ibidem.*, parte I, cap. 2.

¹⁵⁴ Es emblemática la tesis de otro de los grandes teóricos del iuspositivismo del siglo XIX, además de teórico del *Rechtsstaat*, Georg Jellinek, quien en su *Allgemeine Staatslehre* (Berlín, 1922; tr. it. *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Giuffré, Milano, 1949), habla de la “garantía a los súbditos del mismo derecho”, de la “expectativa” y de la “confianza” en un empleo absolutamente cierto del derecho, como fundamentos del Estado de derecho.

derecho” con el “Estado de la ley”. El Estado de derecho es conceptualizado como el Estado que tutela en primer lugar el interés por la certidumbre del derecho y no por la justicia, entendida como conjunto abierto de derechos fundamentales que deben reconocerse a los individuos. El Estado de derecho es un Estado en que impera la “justicia de la positividad”, para la cual el valor fundamental a proteger es la *expectativa* del derecho suscitada por la ley, la *expectation*.¹⁵⁵ La sola idea de que el juez pueda interpretar la ley suscita en Bentham un estremecimiento de indignación. Su polémica contra la praxis del *case-law* es un desarrollo, con tonos igualmente encendidos, de la de Hobbes, según quien “si el juez se atreve a arrogarse el poder de interpretar la ley, todo se vuelve arbitrio imprevisible. Frente a tal método, falta toda seguridad”.¹⁵⁶ Según Bentham, cuya crítica no excluye tampoco los procedimientos interpretativos de los juristas continentales (de los *Roman lawyers*), la praxis de los *common lawyers* convierte en imposible aquella seguridad y previsibilidad incondicionada que debería ser el objetivo esencial del sistema jurídico.

A esta visión que hace del “Estado de derecho” un “Estado de la ley”, Dicey contrapone una teoría que, en cambio, pretende hacer del *rule of law* el apoyo de un “Estado de los derechos”. Trasladando el acento desde la ley a los jueces, desde la “seguridad–certeza” al casuismo interpretativo del *common law*, Dicey parece realizar una operación mínima. A fin de cuentas, ¿en qué se diferencia la tutela

¹⁵⁵ Además de los *Principles of the Civil Code*, véase el vol. III, pp. 299, 307, 311 y ss. de la edición de las obras de Bentham a cargo de John Bowring, Edinburgh, 1843, donde se encuentra el fragmento clásico sobre la *expectation* como fundamento de la seguridad jurídica.

¹⁵⁶ HOBBS, T., *Leviatán...*, *op. cit.*, p. 375. Pero debe hacerse una distinción importante: Bentham piensa que la ley no necesita interpretación. En la misma línea que el paradigma iuspositivista, del cual es uno de los principales elaboradores, considera que la aplicación de la ley se acerca al ideal de la “seguridad” solamente si consiste en una simple función del claro texto y contenido de la ley. En cambio, Hobbes (*Ibidem.*, pp. 269–70) es perfectamente consciente de que toda ley necesita una interpretación, que no existe texto capaz de ser “aplicado”, pero considera esta función como una prerrogativa del soberano y no del juez. El juez que pretende interpretar la ley usurpa el poder del soberano. Si el juez interpreta la ley el poder soberano es fragmentado en tantas partes como el número de jueces y se regresa al estado de naturaleza (*cfr. Ibidem.*, XXVI, pp. 271–74, 319).

de la seguridad de las expectativas de la tutela del derecho?¹⁵⁷ La gran relevancia de esta operación se hace evidente cuando Dicey, discutiendo los casos de emergencia pública, sostiene que los jueces deben garantizar los derechos de libertad de los ciudadanos también contra la voluntad del legislador. En el plano de la cultura jurídica, Dicey realiza una operación de fundamental importancia: pasa de la afirmación de que el juez debe garantizar la certeza del derecho a la de que es tarea de las Cortes garantizar los derechos de libertad de los ciudadanos; pasa de la indignación respecto de la interpretación a la idea de que la interpretación es el instrumento esencial que permite a los jueces oponer los derechos subjetivos de los individuos a la voluntad del legislador. Sin salirse de un cuadro iuspositivista *lato sensu*, Dicey desplaza el foco desde la seguridad a los derechos de libertad. La garantía de los derechos de libertad no es considerada derivación, en sentido alguno, de la moral o de la naturaleza o de otros sistemas normativos, sino que es concebida como un resultado del derecho, “puesto” o “producido” artificialmente por los hombres, en primer lugar por los jueces, y por eso confiada a su responsabilidad, a las modalidades con que ellos piensan, proyectan, producen, interpretan y aplican el derecho.

La importancia de esta concepción del *rule of law* aparece evidente si se examina la evolución de la jurisprudencia anglosajona durante el siglo veinte. Ya Dicey subrayaba la tendencia de las Cortes a traicionar su papel de garantes de los derechos de libertad, una traición que atravesará el siglo y será al final teorizado de manera explícita en la época tatcheriana. *El Floud Report*,¹⁵⁸ elaborado en Inglaterra en 1981 y pronto transformado en modelo para las políticas penales de gran parte del mundo noroccidental, afirma explícitamente que no es tarea de las Cortes proteger los derechos de libertad. Su deber es, en cambio,

¹⁵⁷ La Corte europea de justicia, por ejemplo, en su jurisprudencia ha reafirmado más de una vez que la tutela de los derechos es esencialmente tutela de las expectativas.

¹⁵⁸ FLOUD, J., y YOUNG, W., *Dangerousness and Criminal Justice. Cambridge Studies in Criminology XLVII*, editor Sir León Radzinowicz, Heinemann, London 1981; un comentario de la autora Jean Floud está publicado con el mismo título del *Report* en *The British Journal of Criminology*, vol. 22, 3/1982, pp. 213–228.

como sostenía Bentham, el de garantizar la seguridad de los ciudadanos. Esta nueva teorización del papel de las Cortes asume de forma realista que, en las sociedades complejas, si se quiere controlar el riesgo, éste no debe imputarse a específicas personas peligrosas, sino a una serie de factores abstractos que hacen más o menos probable la violación de expectativas por parte de determinadas clases de individuos. Solamente a nivel de categorías completas de sujetos puede tratarse la “carga de riesgo” que en una sociedad compleja amenaza la vida de cada cual. El enemigo a derrotar no es más el sujeto —ya sea un ciudadano particular o un oficial público— que amenaza concretamente la libertad de los individuos. Cualquiera que represente en abstracto un peligro social pone en riesgo la expectativa de una vida ordenada. La presencia de factores de riesgo crea automáticamente una situación de alarma. El peligro se desvincula completamente de la existencia de conflictos efectivos y se deduce, más bien, de categorías generales y abstractas. El objetivo de las Cortes no debe ser resolver una situación concreta de conflicto, sino prevenir la posible manifestación de conductas indeseadas. La obsesión de la “seguridad” desplaza silenciosamente la tarea de los jueces desde la tutela de los derechos hacia la prevención, promueve la sospecha al rango científico de cálculo de las probabilidades. Para ser sospechosos, ya no es necesario atentar contra los derechos de otros ciudadanos; es suficiente presentar aquellas características que los magistrados consideran factores de riesgo, con base en inferencias estadísticas.¹⁵⁹

En el *Floud Report* se da casi por descontado que desde este enfoque pueden derivar “injusticias”. En efecto, se reconoce que es probable que se limiten los derechos de una persona que en realidad no es peligrosa, cometiendo injusticias sin ningún beneficio para la seguridad pública. Este riesgo es tomado en cuenta y justificado: es necesario redistribuir una carga de riesgo que el Estado no está en condiciones de reducir. También es tenido en cuenta el hecho de que esta política requiere que sentencias de condena, pronunciadas contra dos autores del mismo

¹⁵⁹ CASTEL, R., “From Dangerous to Risk”, en BURCHELL, G., CORDON, C., MILLER, P., *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, Harvester, London, 1991, pp. 287–8.

delito, sean diferentes en tipo y cantidad de la pena conminada. Ésta, en efecto, no debe ser conmensurada con base en el delito cometido por el sujeto, sino a índices presuntos relacionados con su conducta, con los antecedentes y las modalidades del delito y con el grupo del que forma parte, habitual u ocasionalmente; en pocas palabras, con la clase de sujetos peligrosos en que se lo incluye. Por ejemplo, un sujeto proveniente de uno de los países del Magreb que “despacha” heroína, que no tiene un trabajo ni una residencia fija y que se encuentra ilegalmente dentro del territorio nacional, debe ser sometido —según los criterios del *Floud Report*— a medida cautelar de detención y debe sufrir una sentencia mucho más dura de la que debe aplicarse a un “vendedor” de cocaína italiano, que trabaja como intermediario financiero, que tiene una hermosa casa, una familia y distribuye la cocaína exclusivamente en *partys* bien concurridos, donde él mismo la consume. Solamente el primer sujeto pertenece a una clase peligrosa y ello basta, en nombre de la seguridad, para justificar un tratamiento sancionador diferenciado.

La retórica de la inevitabilidad del riesgo y de la necesidad de tutelar las expectativas es, entonces, tan fuerte como para oscurecer el valor de la igualdad formal que, en la misma tradición positivista del Estado de derecho, había representado uno de los principales instrumentos de freno del Leviatán estatal. La concepción del “Estado de la ley”, que hace de la seguridad su estrella polar, fuerza esta noción hasta traicionar su misma esencia inspiradora. La ideología de la seguridad, que podemos definir como “benthamiana”, llega a considerar a las Cortes, en vez que como instrumento de garantía de los derechos de libertad, como agencias disciplinarias, como actores, ellas mismas, de un plan que apunta al control absoluto sobre todo aquello que es accidental y que, en cuanto imprevisible, es vivido como algo riesgoso. Este enfoque contrapone un cientismo del miedo y de la seguridad a la difusión de la cultura de los derechos y a la denominada “revolución de las expectativas crecientes”, promoviendo la idea de que la felicidad es vivir una vida en la que nada sucede, en la cual no existen sorpresas.

La cultura del Estado de derecho, para ser digna de este nombre, para ser fiel a su núcleo axiológico originario, debería oponerse decididamente a estas

tendencias, incluso cuando, como es entendible, ellas gozan del apoyo de la mayoría de los ciudadanos, preocupados por su “seguridad” y se traducen, por tanto, en concretas disposiciones legislativas. Un “Estado de los derechos” es un Estado que asume de forma realista que, como subrayó Hobbes, el sistema político–administrativo aspira a proteger la seguridad de los ciudadanos y se legitima a través de esta tarea,¹⁶⁰ pero al mismo tiempo tiene la valentía de identificar en la magistratura el contrapoder capaz de frenar al Leviatán estatal. Es un Estado capaz de afirmar que los tribunales deben tutelar los derechos de cada ciudadano en particular, independientemente del impacto que esta tutela pueda tener sobre la seguridad colectiva, incluso a costa de contravenir el requerimiento de seguridad de la mayoría.

Es evidente que un Estado que pretende confiar una tarea de este tipo a sus jueces no puede limitarse a difundir, a través de las facultades de derecho, una cultura legalista y formalista. Si el juez es reducido a “boca de la ley”, es natural que triunfe una ideología y una praxis judicial de la “seguridad”. La concepción del derecho como práctica permite pensar para los jueces un rol activo y no meramente de verificación, sin subordinar la preparación jurídico–científica y el entrenamiento técnico a la moral, a la política, a la economía y a la sociología, haciendo palanca, por el contrario, en el dominio del lenguaje jurídico que esta preparación confiere.

¹⁶⁰ ZOLO, D., *Il principato democratico. Per una teoria realistica della democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1992, pp. 73–120.

10. Conclusión: la actualidad de la concepción iusrealista del Estado de derecho

Después de haber argumentado en favor de la concepción del derecho como práctica social y de un concepto consecuente de “Estado de derecho”, pretendo subrayar la importancia y actualidad de esta última noción.

En la base de la teoría del Estado de derecho del siglo XIX, se encontraba la idea de que el poder soberano gozaba de la prerrogativa del uso ilimitado de la fuerza. Este es el tema fundamental de los modelos de Estado de derecho propuestos a nivel teórico: el *Rechtsstaat*, *l'état de droit*, el *rule of law*. Pero, en la realidad, el poder soberano no se manifestaba nunca como un verdadero poder absoluto, efectivamente capaz de imponer su voluntad y de realizar cualquier objetivo. La soberanía ilimitada, que es el estímulo al proyecto del Estado de derecho, en los hechos es siempre más o menos atenuada y limitada. Hoy la idea de una soberanía absoluta es seguramente anacrónica. Siguiendo las célebres tesis de Weber, Ernest Gellner mostró cómo el poder de los Estados se articula en una triple soberanía: militar, económica y cultural. La soberanía del Estado se conecta indisolublemente con su capacidad de defender el territorio de los desafíos de poderes, tanto externos como internos. Pero esta capacidad no es suficiente: es fundamental la habilidad en equilibrar las cuentas de la *Nationalökonomie* y en movilizar recur-

sos culturales para consolidar la específica identidad colectiva de los súbditos o de los ciudadanos. La globalización de los mercados financieros, con los fenómenos de la desregulación y de la flexibilidad del trabajo, de la simplificación de las transacciones, de la disminución de las cargas fiscales, y la paralela globalización de los intercambios culturales y de las informaciones —que tiende a difundir identidades particulares separadas del contexto territorial— parecen privar de sus bases a la soberanía estatal. Cuanto más la economía escapa del control de la política, cuanto más los medios de comunicación electrónica abaten las distancias y los confines, permitiendo el surgimiento de grupos virtuales que comparten cultura y lenguaje, tanto más disminuyen los recursos económicos y culturales de que disponen los Estados y se erosiona su soberanía. En este cuadro, ese sector especial de la ciencia jurídica —esto es, las teorías del Estado de derecho— debería poner el acento en la idea de que pensar la “soberanía” significa, en primer lugar, pensar cómo es llevada a traicionar su concepto.

La trayectoria misma del Estado de derecho contribuyó, en su vertiente interna,¹⁶¹ a hacer cada vez menos plausible la idea de una “soberanía” ilimitada: no es casualidad que la explícita tematización de la crisis del poder soberano dentro del Estado coincida con la institución de las Cortes constitucionales. Hoy el Estado de derecho parece caracterizado por un poder judicial transformado ya en el verdadero “custodio de la Constitución”, “de una Constitución en que la *potestas coercitiva* del derecho disminuye en favor de su *potestas directiva*”.¹⁶² Teniendo en cuenta esta trayectoria es como se puede entender el resurgimiento periódico, durante el siglo XX, del debate sobre “Estado jurisdiccional” y “gobier-

¹⁶¹ La progresiva consolidación de los derechos fundamentales, que definen un área sustraída al poder estatal, y de la exigencia de una dimensión de gobierno supranacional ha movido a Danilo Zolo a hablar de “parábola de la soberanía” (“La sovranità: nascita, sviluppo e crisi di un paradigma politico”, en *I signori della pace*, Carocci, Roma, 1998, pp. 107–32).

¹⁶² PORTINARO, P.P., “Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?” en COSTA, P. y ZOLO, D. (coords.), *Lo Stato...*, *op. cit.*, p. 397. Gustavo Zagrebelsky (*Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992) ha hablado, en relación con este fenómeno, de “derecho clemente”.

no de los jueces”.¹⁶³ Este debate, que se refirió principalmente al rol de las Cortes constitucionales, se desarrolló primero en los Estados Unidos¹⁶⁴ y luego llegó a Europa, sobre todo en coincidencia con la ampliación de la actividad de la Corte europea de Justicia.¹⁶⁵ Se advirtió que la actividad de las Cortes constitucionales —y de la Corte europea de Justicia— terminó por incidir profundamente sobre la concepción del derecho de las democracias occidentales. La iniciativa legislativa y las opciones políticas resultan condicionadas por la consideración de las posibles reacciones de las Cortes constitucionales y, en consecuencia se habla de “judicialización de la política”. Se sostiene que los ordenamientos que atribuyen un poder creciente a la justicia constitucional terminan por preocuparse más por la garantía de los derechos y por el principio del Estado social que por el principio democrático.¹⁶⁶ Recurriendo nuevamente al razonamiento de Hobbes, se advierte que, en caso de conflicto sobre las normas, la última palabra corresponde a las Cortes constitucionales, que ya son, por tanto, el verdadero poder soberano. La política y, con ella, la democracia han abdicado a favor de la aristocracia judicial.¹⁶⁷ Pero lo que más alarma es el hecho de que la actividad de las

¹⁶³ Sobre el fenómeno de la expansión y consolidación del poder judicial, *cfr.* HOLLAND, K. (ed.), *Judicial Activism in Comparative Perspective*, MacMillan, London, 1991. Un balance de la situación italiana se encuentra en BRUTI LIBERATI, E., CERETTI, A., GIASANTI, A. (coords.), *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Feltrinelli, Milano, 1996. El ensayo de Portinaro, citado en la nota precedente, además de guiarme en la reconstrucción del debate representó una fuente valiosa de indicaciones bibliográficas.

¹⁶⁴ *Cfr.* LAMBERT, E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis* (1921), tr. it. Giuffrè, Milano, 1996 y BOUDIN, L.B., “Government by Judiciary”, en *Political Science Quarterly*, XXVI, 1911, pp. 238–270.

¹⁶⁵ O’NEILL, A., *The Government of Judges: The Impact of the European Court of Justice on the Constitutional Order of the United Kingdom*, European University Institute Press, Firenze, 1993; WEILER, J., “The Quiet Revolution: The European Court of Justice and Its Interlocutors”, *Comparative Political Studies*, XXVI, 1994, pp. 510–553. Sobre la relación entre competencias de las Cortes constitucionales europeas, en especial la italiana, y la Corte europea de justicia, ver FERRAJOLI, L., “Lo Stato di diritto...”, *op. cit.*, pp. 367 y 381–83.

¹⁶⁶ *Cfr.* PORTINARO, P.P., “Oltre lo Stato di...”, *op. cit.*, 395.

¹⁶⁷ Esta tesis ha sido sostenida en especial por Jeremy Waldron. Entre sus escritos al respecto, véanse en particular: “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, *Oxford Journal of Legal Studies*, XIII, 1993, n. 1; *The Law*, London Routledge, 1990; “The Irrelevance of Moral Objectivity” en

Cortes constitucionales ha transformado el control de constitucionalidad, llevándolo desde una actividad centrada en una suerte de “control difuso” —que animaba a los jueces a utilizar sus poderes interpretativos—, a recurrir siempre en mayor medida a la que se define como “interpretación adecuadora” de las disposiciones legales.¹⁶⁸ Especialmente la última parte del siglo se caracterizó por una transformación del equilibrio de los poderes a favor del Poder Judicial. La justicia adquirió un peso creciente en la vida colectiva. Este fenómeno preocupó a muchos. Se ha sostenido que estamos frente a una degeneración del rol del Poder Judicial, que está produciendo una profunda alteración del Estado de derecho¹⁶⁹ o, al menos, de su versión Rousseau–Montesquieu. Desde diferentes lugares se ha hablado de “democracia judicial”, hasta de “tiranía” o “dictadura de los jueces”.

En la base de estos alarmismos existe una visión del siglo XIX de la democracia y del Poder Judicial. En lo que respecta a la democracia, no se tiene en cuenta que ya no existe nada comparable, en el plano sustancial, al Parlamento soberano del siglo XIX. En lo que se refiere al Poder Judicial, la idea del juez “boca de la ley” y del poder de los jueces como “poder nulo” ya no puede confundirse con la idea —seguramente irrenunciable— de la autonomía del Poder Judicial respecto del gobierno político. Aun asumiendo un punto de vista rigurosamente democrático (modelo Rousseau–Montesquieu), la neutralidad política del juez, como lo ha mostrado Niklas Luhmann,¹⁷⁰ es técnicamente imposible en

GEORGE, R. (edit.), *Natural Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992; “Theoretical Foundations of Liberalism”, en *Philosophical Quarterly*, XXXVII (1987), pp. 127 y ss.; *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999; *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, tr. it. *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Giuffrè, Milano, 2001.

¹⁶⁸ Ver PORTINARO, P.P., “Oltre lo Stato di...”, *op. cit.*, p. 396, y ROMBOLI, R., “Giudicare la legge? La legge “giusta” nello stato costituzionale”, en RIPEPE, E., (coord.), *Interrogativi sul diritto “giusto”*, SEU, Pisa, 2000, p. 106.

¹⁶⁹ TATE, C. N. y VALLINGER, T. (edit.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York, 1995 y el número monográfico de la *International Political Science Review*, XV, 1994, n. 2, titulado *The Judicialisation of Politics: a World-wide Phenomenon*. Para una discusión del juez “guardián” desde diferentes perspectivas, véase FRIEDMAN, L.M., *Total justice*, Russel Sage, New York, 1994 y GARAPON, A., *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Edition Odile Jacob, Paris, 1996.

¹⁷⁰ LUHMANN, N., *Politische Planung*, Westdeutscher Verlag GMBH, Oplanden, 1971, tr. it. *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida, Napoli, 1978, p. 59.

las complejas sociedades contemporáneas. Estas sociedades requieren no un Poder Judicial nulo, sino por el contrario un Poder Judicial fuertemente activo y al mismo tiempo autónomo respecto del gobierno político, capaz de vigilar “sobre las exigencias de coherencia de un derecho altamente complejo”, un Poder Judicial cuya autonomía no se mide en términos de fidelidad a la voluntad del legislador, de observancia del principio de legalidad, sino en términos de capacidad de rechazar “las grandiosas simplificaciones de la política”.

Es la idea misma de que es posible gobernar a través de leyes generales y abstractas la que se muestra impracticable. Hoy, los sujetos que tienen intereses relevantes y estructurados en un determinado sector participan en la tarea de redacción de los textos normativos relacionados con ese sector. Muchos textos legislativos son el producto de una sistemática negociación entre diversos actores, cada uno de los cuales tiende a salvaguardar la posibilidad de ensanchar su propio espacio en el momento en que se manifiesten controversias específicas.¹⁷¹ Esta praxis legislativa, distante mil millas de la representación clásica de la democracia, repercute inevitablemente sobre el papel del Poder Judicial. Como ha subrayado Pier Paolo Portinaro, es natural que las sociedades complejas “no puedan ser gobernadas racionalmente de modo burocrático y jerárquico, pero tampoco pueden confiarse enteramente a mecanismos de autorregulación espontánea”. Los órganos judiciales, entonces, “vienen a ocupar la articulación neurálgica, en un paisaje social caracterizado por contrastantes (y copresentes) tendencias a la juridización y a la *desregulación*, a la reglamentación y a la desinstitucionalización”.¹⁷² Los sistemas políticos de las sociedades complejas delegan atribuciones cada vez más

¹⁷¹ Dada esta praxis, es cada vez más difícil hablar de los textos normativos como “expresiones de los intereses de clase”. Hoy, dado que muchos grupos participan en el proceso de redacción del texto, éste se parece más a un compromiso político. Pero, no debe olvidarse que existen intereses, los difusos, más difícilmente representables y existen sujetos débiles que son sistemáticamente excluidos de la mesa de las tratativas en que se discuten argumentos relevantes para su vida (inmigrantes, drogadictos, enfermos psíquicos, detenidos, etcétera).

¹⁷² PORTINARO, P.P., “Oltre lo Stato di...”, *op. cit.*, pp. 392–3.

amplias al Poder Judicial,¹⁷³ sobre la base de una específica demanda de los ciudadanos, que perciben este poder como “menos invasor, más abierto, más difuso y menos discrecional que los poderes propiamente políticos”. Una concepción realista (además de iusrealista) del Estado de derecho no puede prescindir del hecho de que “el juez asume cada vez más los caracteres del *“factotum”* institucional”, cuya función no se limita a dirimir controversias, sino que tiende a resolver problemas que otros órganos públicos u otras instituciones sociales no perciben en su gravedad o no están en condiciones de afrontar de manera satisfactoria”.¹⁷⁴

La atribución del control de constitucionalidad de las leyes a un órgano jurisdiccional especial no puede ser considerado como un punto de llegada en la vicisitud del Estado de derecho: es sólo una etapa en un itinerario. El camino que ha recorrido el Estado de derecho, al mismo tiempo que la progresiva consolidación del rol de las Cortes constitucionales está marcado, como subrayó Pizzorno,¹⁷⁵ por el reconocimiento del rol de los jueces en la creación de las normas, por la creciente tendencia de los órganos legislativos y administrativos a delegar en los jurisdiccionales decisiones delicadas¹⁷⁶ y por la ampliación del acceso de los ciudadanos a la justicia, para resolver controversias que tradicionalmente eran resueltas por autoridades sociales o administrativas. Deberíamos agregar a estos elementos, como ha sostenido Portinaro, la proliferación de “conflictos de responsabilidad” dentro de un escenario social definido como de “irresponsabilidad organizada”. Aumentan, en su conjunto, los daños colectivos, provocados por una cantidad indeterminada de acciones de una cantidad indeterminada de suje-

¹⁷³ Va en esta dirección también el fenómeno, que merecería una discusión *ad hoc*, de la configuración casi “judicial” de las nuevas autoridades administrativas independientes. Sobre el tema, puede verse PREDIERI, A., *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997; BASSI, F y MERUSI, F (coords.), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1993.

¹⁷⁴ PORTINARO, PP, “Oltre lo Stato di...”, *op. cit.*, p. 393.

¹⁷⁵ PIZZORNO, A., *Il potere dei giudici...*, *op. cit.*, pp. 12–13.

¹⁷⁶ Entre los elementos que han contribuido a la consolidación del prestigio y del poder de los jueces, no puede evitarse mencionar a uno patológico: la corrupción de las clases políticas.

tos, respecto de los cuales aflora, cada vez con más fuerza, la demanda de identificación de los responsables y aparece siempre más problemática la atribución de responsabilidad individual y colectiva”.¹⁷⁷ A la complejidad de los procesos sociales se suma la de los procesos tecnológicos y productivos que, tornando altamente incierta la base científica de las decisiones judiciales, favorece el aumento de las controversias que exigen una composición judicial sobre la responsabilidad.¹⁷⁸

Pero, este activismo judicial, lejos de suscitar preocupaciones, aparece como insuficiente por la ausencia de un cuadro de referencia que permita a los jueces asumir ese papel de garantía de los derechos, que requiere la complejidad de la organización social contemporánea. En efecto, “el proceso de globalización parece ir, más que en dirección de un gobierno o de un “régimen” internacional de los jueces, hacia la consolidación de expertocracias mercenarias, sectoriales y abogadiles, que explotan estratégicamente las oportunidades y los recursos de una *litigation society*”.¹⁷⁹ Si existe una figura que parece amenazar los valores del Estado de derecho, ésta no es por cierto la del juez y tampoco la del juez constitucional, sino la figura de lo que Yves Dezalay¹⁸⁰ ha denominado como “el mercader de derecho”. Quienes hoy están expandiendo su poder y sus funciones son los juristas que ponen sus conocimientos al servicio de las grandes *corporations* multinacionales y de las grandes financieras transnacionales, respecto de cuyo poder los Estados nacionales, debilitados por la falta de recursos económicos y culturales, “aparecen en condiciones cada vez peores para oponer un baluarte de garantías en defensa de los derechos fundamentales de individuos incautamente atrapados en las ruedas de la globalización”.¹⁸¹

¹⁷⁷ PORTINARO, P.P., “Oltre lo Stato di...”, *op. cit.*, p. 394.

¹⁷⁸ Cfr. STELLA, E., *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 309 e ss.

¹⁷⁹ PORTINARO, P.P., “Oltre lo Stato di...”, *op. cit.*, p. 397-8.

¹⁸⁰ DEZALAY, Y. *Marchands de droit: la restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, Paris, 1992, tr. it. Giuffrè, Milano, 1995.

¹⁸¹ PORTINARO, P.P., “Oltre lo Stato di...”, *op. cit.*, p. 398.

Todo el proceso de integración económica mundial que se conoce con el nombre de “globalización” puede ser visto como una derrota del derecho público, generada por la ausencia de límites, reglas y controles, y como una victoria de los grandes poderes económicos privados. Al mismo tiempo en que se ha debilitado la soberanía estatal, se ha difundido una ideología¹⁸² según la cual el nuevo mundo del “capital nómada” —en el que han caído todas las barreras creadas por los Estados para frenar la movilidad de los capitales— hará más feliz la vida de todos. La libertad, en primer lugar la del movimiento de los capitales y del comercio, sería el *humus* que permite a la riqueza crecer rápidamente en beneficio de toda la población mundial. El control del sistema económico por parte del mercado favorecería además la estabilidad de la organización social planetaria. Se ha consolidado la creencia de que la misma vida civil depende del mercado y, en consecuencia, la sociedad debe ser organizada de modo que permita al mercado funcionar según sus propias leyes. No es ya la economía la que debe ser compatible con un determinado sistema de relaciones sociales, sino que son las relaciones sociales las que deben adecuarse a la economía de mercado. La reglamentación de la vida civil se vuelve un accesorio respecto del funcionamiento del mercado.¹⁸³

Hace ya un siglo, Weber¹⁸⁴ había mostrado que la inclusión, entre los “derechos de libertad”, del derecho de contratar, realizada por la tradición liberal, representa una mezcla entre derechos radicalmente diferentes y, en ciertas condiciones, antinómicos. Weber subrayaba que los “derechos de libertad” son una “simple protección contra cierta clase de turbaciones por parte de terceros, especialmente por el aparato estatal, dentro del ámbito de la conducta jurídicamente lícita (libertad de movimiento, libertad de conciencia, libertad de disposición de la cosa propia, etcétera)”. Una cosa bien distinta son para Weber “los princi-

¹⁸² SCOTT, A., “Globalization: Social Process or Political Rhetoric?”, en *The Limits of Globalization*, Routledge, London, 1997.

¹⁸³ Cfr. POLANYI, K., *The Great Transformation*, Holt, Rinehart & Winston, New York, 1944, tr. it. Einaudi, Torino, 1974, p. 74.

¹⁸⁴ WEBER, M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen, 1922, tr. it. Comunità, Milano, 1995, vol. III, p. 19.

pios jurídicos permisivos, que dejan al arbitrio de los individuos la reglamentación, autónoma dentro de ciertos límites, de sus relaciones mediante negocios jurídicos”. La ideología liberal tiende a presentar el desarrollo de la libertad contractual “como una disminución de restricciones y como un aumento de libertad individual”, pero, subrayaba el sociólogo alemán, “la corrección formal” de esta operación es relativa. No se debe

...cometer el error común de pensar que esa especie de “descentramiento de la producción jurídica” (...) —que se realiza de esta moderna forma de autonomía negocial esquemáticamente delimitada— se identifica con una disminución de la medida de coerción ejercida en el ámbito de una comunidad jurídica (...). La importancia creciente de la “libertad contractual”, y especialmente de los principios de autorización —por la cual todo se remite a la “libre” estipulación—, comporta ciertamente una reducción de la esfera de la coerción establecida por normas de mando y de prohibición. Pero esta disminución formal de la coerción beneficia evidentemente sólo a aquellos que están económicamente en condiciones de hacer uso de esas autorizaciones. Cuánto sea el aumento de la medida total de libertad en el ámbito de una determinada comunidad jurídica depende totalmente del ordenamiento económico concreto.¹⁸⁵

La antinomia entre la libertad contractual y la libertad *tout court* deriva de la profunda diferencia entre los dos tipos de derechos subjetivos que las garantizan. El derecho de contratar libremente ofrece “la posibilidad de usar la posesión de determinados bienes sin limitaciones jurídicas, para hacer de ellos —a través de su sagaz empleo en el mercado— un instrumento de adquisición de poder sobre los demás”. Este derecho amplía, por tanto, un poder ya existente, permite al individuo traducir su poder económico en un poder jurídico. La atribución de los “derechos de libertad”, en cambio, asigna al individuo “una determinada esfera de libertad 'innata' o definida por motivos extra-económicos”. Atribu-

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 86.

yendo un derecho de libertad, el ordenamiento jurídico confiere “una fuente de poder” autónoma. Al sujeto no se le reconoce un poder que ya tiene, sino que se le atribuye un poder “en virtud de la existencia del correspondiente principio jurídico”. Un derecho de libertad a menudo atribuye un poder “a quien sin él sería del todo impotente”.¹⁸⁶ De esta diferencia resulta que, cuando un ordenamiento jurídico reconoce un derecho de libertad, se puede evaluar su efecto sobre la libertad general en un determinado contexto social,¹⁸⁷ mientras que cuando se modifican los espacios de la libertad contractual no se puede afirmar, únicamente con base en las “formas jurídicas”, “que ello ha tenido en la práctica el resultado de aumentar la libertad para determinar las condiciones de su existencia por parte del individuo, o que, en cambio, a pesar de ello —o tal vez en parte a causa de ello—, se ha acentuado la tendencia hacia una esquematización coercitiva de la existencia”.¹⁸⁸

Ningún requisito formal de la libertad de contratar puede modificar esta situación. Por más que se amplíen los esquemas contractuales admitidos, o hasta si se autoriza a las partes “a determinar a su arbitrio el contenido de un contrato —independientemente de todos los esquemas oficiales—”, nada garantiza que las posibilidades formales reconocidas por el ordenamiento sean de hecho accesibles para todos. La libertad contractual, como quiera que se configure jurídicamente, sostiene Weber, deja siempre “la posibilidad para el más poderoso en el mercado —(...) normalmente el empresario— de fijar a su arbitrio (...) las condiciones y de ofrecerlas al trabajador en búsqueda de trabajo para que las acepte o las rechace, lo cual —dada la habitual mayor urgencia económica de la necesidad de trabajar para quien busca trabajo— se traduce en una imposición unilateral”. El sociólogo alemán sostiene estas tesis a comienzos del siglo XX, teniendo

¹⁸⁶ *Ibidem.*, pp. 18–9.

¹⁸⁷ Naturalmente no puede sostenerse que todo reconocimiento de un derecho de libertad implica un aumento de la libertad del conjunto, porque frente a este derecho van naciendo deberes en otros sujetos.

¹⁸⁸ *Ibidem.*, p. 85.

frente a sí el dramático problema del contrato de trabajo. Observa que “el derecho formal de un trabajador de realizar un contrato, de cualquier contenido con cualquier empresario, no implica en la práctica que el trabajador en búsqueda de ocupación tenga la misma libertad de determinar sus propias condiciones de trabajo”.¹⁸⁹ Puede hacerse un discurso análogo para cualquier intercambio contractual realizado entre dos partes dotadas de un poder económico-social marcadamente diferente. La libertad contractual “aplica de modo especialmente consecuente el principio *coactus voluit*, en cuanto se abstiene de cualquier forma *autoritaria*. Corresponde al “libre” arbitrio de los interesados (...) el someterse o no a las condiciones del sujeto económicamente más fuerte en virtud de su posesión garantizada por el derecho”.¹⁹⁰

Es por este motivo que en ningún ordenamiento la libertad contractual ha sido ilimitada, en ningún ordenamiento el derecho ha atribuido su garantía coercitiva a cualquier estipulación concluida por las partes, independientemente de su contenido. Históricamente, “todo derecho podría ser caracterizado, precisamente, con base en el contenido de los contratos a los que concede o niega la garantía coercitiva”.¹⁹¹ Todo ordenamiento jurídico ha pretendido desvincular del poder económico y social determinadas “prerrogativas” o determinados “derechos”. El derecho fundado en la libertad de contratar se ha caracterizado siempre como un derecho “especial”. Los ámbitos gobernados por este derecho especial, los espacios reconocidos a la libertad de contratar y la amplitud de los mismos, han sido determinados históricamente por la estructura de la economía y por la fuerza política de los diversos grupos de intereses. Es evidente que los sujetos más interesados por un ordenamiento jurídico fundado sobre la libertad de contratar, en vez que sobre los “derechos de libertad”, son los sujetos que detentan una posición de poder en el mercado. A su interés “responde prevalentemente la creación

¹⁸⁹ Weber (*idem*) agrega que “esto es obstaculizado en primer lugar por la diferenciación de la efectiva distribución de la posesión, garantizada por el derecho”.

¹⁹⁰ *Ibidem.*, p. 86.

¹⁹¹ *Ibidem.*, p. 19.

de 'principios jurídicos de autorización' que crean esquemas de estipulaciones válidas, los cuales —si bien formalmente son libres para todos— de hecho (...) favorecen en última instancia sólo su autonomía y su posición de poder”.¹⁹²

La globalización, caracterizada por un lado por el debilitamiento de la soberanía estatal y, por el otro, por la legitimación del mercado como instrumento óptimo de distribución de los recursos a nivel planetario, abre espacios, históricamente sin precedentes, a la libertad de contratar. El derecho de la globalización, explotando también la ausencia de instituciones jurídicamente “competentes”, se está formando, por cierto, no a través de leyes públicas, generales, abstractas, no retroactivas, etcétera, sino a través de la sedimentación de los esquemas contractuales predispuestos por los privados más fuertes, económica y contractualmente. Por tanto, ese derecho nada tiene que ver con el derecho “intrínsecamente moral” de Fuller, pero es el signo de la primacía indiscutida de la economía sobre la política y del mercado sobre la esfera pública. En esta situación, es bien difícil hablar de “gobierno de los jueces”. Estos no tienen ni la concreta posibilidad de garantizar los derechos en escala planetaria, ni los instrumentos técnico-teóricos para hacerlo, en tanto permanezcan prisioneros del modelo del juez “boca de la ley”. Si existen juristas que ejercen un efectivo poder de *governance*, éstos son los especialistas del *lobbying* político ante los grandes centros internacionales o nacionales del Poder Ejecutivo y los especialistas del contencioso de negocios, los *litigators*.¹⁹³ Aquello que ha sido saludado como un retorno de la *lex mercatoria*¹⁹⁴ es, en los hechos, el reino de verdaderas y propias multinacionales del derecho comercial y del trabajo, que deciden a nivel global las controversias jurídicas. En ausencia de autoridades regulatorias, el derecho de los negocios está fundado en los esquemas contractuales predispuestos por las grandes *law firms* para las poderosas *corporations* internacionales. Los sujetos débiles, y tales son muy a

¹⁹² *Ibidem.*, p. 86.

¹⁹³ DEZALAY, Y. *Marchands de droit...*, *op. cit.*, tr. it., p. 187.

¹⁹⁴ Es la posición de FERRARESE, M.R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, il Mulino, Bologna, 2000.

menudo los Estados mismos y sus Cortes constitucionales,¹⁹⁵ no pueden hacer más que aceptar estos esquemas contractuales con todas sus cláusulas, comprendida la que determina el fuero competente para juzgar eventuales controversias: *coactus voluit*, con el olvido o con la muerte de los derechos de libertad.

En esta situación, los grandes estudios forenses se están volviendo cada vez más los verdaderos *masters* del derecho, auténticos “señores del derecho” caracterizados, como subraya Portinaro, por “un maquiavelismo jurídico que paso a paso los aleja de los fundamentos culturales del Estado constitucional de matriz cristiano—occidental (poniéndolos en conflicto insalvable con los juristas custodios de las constituciones)”.¹⁹⁶

A la luz de estos desarrollos, la polémica contra la expertocracia judicial arriesga ser dirigida contra un falso blanco. En todo caso, está claro por qué los jueces están en la mira de ofensivas convergentes. Ellos aparecen no sólo como los custodios de una justicia conmutativa, tendiente a amortiguar las desigualdades de la globalización, y de una justicia distributiva, dirigida a corregir las imposiciones de una sociedad plasmada por la competencia y por el conflicto de los intereses privados, sino también como custodios de una justicia retributiva, por tanto —en las interpretaciones malévolas— una oligarquía de vengadores. Ellos aparecen, especialmente, por un lado como los garantes de aquel compromiso liberal—social—democrático que estuvo en la base del Estado de derecho contemporáneo —y de los derechos civiles, políticos y sociales—; por el otro, como los fautores de un control de legalidad (y de moralidad pública) que colisiona con las tendencias a la corrupción, que muchos consideran fisiológicas, inherentes a las dinámicas de mercados globalizados, que operan en condiciones culturales, sociales y políticas fuertemente heterogéneas.¹⁹⁷

¹⁹⁵ Los tan temidos jueces constitucionales nacionales parecen en efecto impotentes frente a estos fenómenos, trabados como están por una ideología, la kelseniana, según la cual los derechos fundamentales fijan las garantías de la libertad individual “solamente” en relación con el poder estatal.

¹⁹⁶ PORTINARO, P.P., “Oltre lo Stato di...”, *op. cit.*, p. 398.

¹⁹⁷ *Ibidem.*, pp. 399–400.

La concepción Rousseau–Montesquieu del Estado de derecho —y en general la concepción normativista y formalista del derecho— es ya un instrumento teórico inadecuado para la tarea de regular la convivencia social, garantizando los derechos fundamentales. El clamor que suscitan las sentencias capaces de poner en dificultades a las grandes multinacionales, demuestra que tales sentencias son más la excepción que la regla. Confiar en estas concepciones significa condenar a los jueces a una posición de retaguardia, dejándolos a merced del cambio social. El análisis de Dezalay muestra que la evolución “espontánea” de las sociedades globalizadas parece marchar hacia un “sistema dualista de justicia”, en el cual una “justicia a la medida” de los detentadores del poder económico está flanqueada por una “justicia de masa para los 'consumidores' ordinarios”.¹⁹⁸

Sería útil, entonces, una concepción del Estado de derecho capaz de responder a la amenaza representada por este nuevo dualismo. El Poder Judicial necesitaría una noción de “Estado de los derechos” que tuviera en cuenta la progresiva pérdida de relevancia, no sólo del legislador ordinario, sino también del constitucional. Necesitaría un instrumento que le consintiera garantizar los derechos en una *litigation society*, en la cual invariablemente prevalecen las estrategias más desprejuiciadas y las nuevas formas de macrocriminalidad transnacional. El abandono de las concepciones formalistas, normativistas, decisionistas o, también, institucionalistas en favor de una concepción del derecho como práctica, lejos de dispersar los valores de la tradición del Estado de derecho, como sostienen los epígonos de las teorías de Rousseau, Montesquieu y Kelsen, es probablemente el único instrumento teórico capaz de restablecer, a nivel global, alguna señoría del derecho y de los derechos, de enfrentar el cambio de la economía del sufrimiento.

Cualquier concepción del Estado de derecho debería partir hoy de la comprobación de que la amenaza a los derechos de libertad, en una sociedad global dominada por las fuerzas y por las leyes del mercado, se perfila —según ya lo sostenía Weber¹⁹⁹ hace un siglo— como:

¹⁹⁸ DEZALAY, Y. *Marchands de droit...*, *op. cit.*, tr. it., p. 223.

¹⁹⁹ WEBER, M., *Wirtschaft und...*, *op. cit.*, p. 87.

...una situación coercitiva —dirigida en principio indistintamente contra trabajadores y empresarios, productores y consumidores— que reviste la forma del todo impersonal de la inevitabilidad de la adaptación a las “leyes” puramente económicas de la lucha de mercado —so pena de la pérdida (al menos relativa) de poder económico— o, en ciertas circunstancias, de la pérdida de la posibilidad misma de existencia económica.

Si el núcleo esencial del Estado de derecho está representado por la idea de poner freno al “poder” a través del derecho, una concepción realista del Estado de derecho debería tomar nota de que hoy la contraparte está representada cada vez menos por el Leviatán estatal, ya ahora a menudo mero instrumento de las lógicas del mercado.²⁰⁰ Lo que debe ser frenado es un “poder” que se manifiesta a través de relaciones despojadas de todo normal contenido emotivo, pero no por esto vaciadas del carácter autoritario de la coerción, que por el contrario tiende a acentuarse. El problema del freno de la coerción es hoy el problema de la proliferación de formaciones cuya existencia se apoya, de modo específico, en la “disciplina” requerida por la competencia económica. Ya no son solamente las empresas industriales capitalistas, a las que Weber dirigía su atención: son la gama total de las instituciones dentro de las cuales se desarrolla la vida de los ciudadanos, a partir de las comunidades urbanas mismas. Cuanto más impersonal y disimulado se vuelve el uso del poder, cuanto más es ejercido para defender la seguridad, la libertad de contratar, la productividad y por tanto el bienestar económico de los individuos, tanto más incontrolable se hace la coerción autoritaria y tanto más elitista se vuelve el círculo de aquellos que concentran en sus manos el poder de coerción (a menudo garantizado por los textos normativos).

²⁰⁰ Z. Bauman (*Globalization. The Human Consequences*, Polity Press, Cambridge–Oxford, 1998, tr. it. *Dentro la globalizzazione*, Laterza, Roma–Bari, 1999, p. 77), sostuvo que el nuevo orden mundial necesita Estados débiles que “puedan ser reducidos fácilmente al (útil) rol de destacamentos locales de policía, que aseguran ese mínimo de orden necesario para que avancen los negocios, pero que no deben ser temidos como frenos eficaces para la libertad de las empresas globales”. He discutido esta tesis en SANTORO, E., “Criminal Policy”, en BELLAMY, R. y MASON, A., (eds.), *Political Concepts*, Manchester University Press, 2002.

Si se nos propone poner un freno al poder, hoy no es suficiente, si alguna vez lo fue, un cuerpo de textos normativos que establezcan los derechos de libertad. Citando una vez más a Weber,²⁰¹ un cuerpo normativo —“por grande que sea el número de los “derechos de libertad” y de las “autorizaciones” que garantiza y por pequeño que sea, en cambio, el de las normas de mando y de prohibición en él contenidas— puede, en sus efectos prácticos, favorecer un notable incremento, no sólo de la coerción en general, sino también del carácter autoritario de poderes coercitivos”. El juez que opera inmerso en una comunidad de los intérpretes, que ha elegido como su rol la defensa del “Estado de los derechos”, aparece como la única figura en condiciones de regular y reducir, a través de una lucha cotidiana, controversia por controversia, el uso de la coerción en las sociedades contemporáneas.

En tiempos que ahora ya parecen lejanos, Luhmann²⁰² anunció lapidariamente que el derecho se había vuelto “demasiado complejo” y la organización de las profesiones legales “demasiado diferenciada” como para que pudiera conferirse todavía “una sustancial importancia práctica” a la unidad de la formación y de la orientación profesional. La impotencia de la comunidad de los juristas parece depender, más bien, del hecho de que ellos se han abroquelado en una concepción del derecho todavía atada a la ideología de los siglos XVIII y XIX. Sería necesario, pues, dar vida a una comunidad de juristas animada por el *ethos* de los derechos de libertad, capaz de resistir a las presiones provenientes de otros sectores de la vida social, en primer lugar el económico y el político. Es cierto que la (re)construcción del “Estado de los derechos” es incompatible con la formación de juristas convencidos de que su función primaria es individualizar el derecho como es formalmente. Los juristas deberían poseer un gran dominio de los instrumentos jurídicos formales —de su *tool kit* profesional— pero deberían ser conscientes, al mismo tiempo, de que su tarea no es *aplicar* el derecho, sino que es

²⁰¹ WEBER, M., *Wirtschaft und...*, *op. cit.*, p. 87.

²⁰² LUHMANN, N., *Politische...*, *op. cit.*, p. 63.

problematizar los textos normativos. Hacerlos problemáticos significa verificar cómo y en qué medida inciden en la vida de los sujetos y, por tanto, estar en condiciones —manejando hábilmente los elementos retóricos del *tool kit* profesional— de garantizar en los casos concretos los derechos de libertad contra la ideología dominante de la seguridad y del contrato.

Bibliografía

- ALLAN, T.R.S., *Law, Liberty, and Justice*, Clarendon Press, Oxford, 1993.
- ALLEN, C.K., *Law in the Making*, Clarendon Press, Oxford, 1964.
- AUSTIN, J., *How to Do Things with Words*, Harvard University Press, Cambridge, Mass, 1962, tr. it. Marietti, Genova, 1996.
- BAKER, G.P. y HACKER, P.M.S., *Scepticism, Rules and Language*, Basil Blackwell, Oxford, 1984.
- BASSI, F. y MERUSI, F. (coords.), *Mercati e amministrazioni indipendenti*, Giuffrè, Milano, 1993.
- BAUMAN, Z., *Globalization. The Human Consequences*, Polity Press, Cambridge–Oxford, 1998, tr. it. *Dentro la globalizzazione*, Laterza, Roma–Bari, 1999.
- BENTHAM, J., *Anarchical Fallacies*, tr. fr. de 1816 al cuidado de DUMONT, É., “Sofisme anarchiques”, en *Oeuvres de Jérémie Bentham*, Société Belge de Librairie, Bruxelles, 1840, vol. I. La versión inglesa del texto puede leerse ahora en WALDRON, J. (edit.), *Nonsense upon Stilts: Bentham, Burke and Marx on the Rights of Man*, Malthuen, London, 1987.
- , *Principles of the Civil Code*, en BOWRING, J. (coord.), *The Works of Jeremy Bentham*, I, William Tait, Edimburgh, 1843.

- BONGIOVANNI, G., *Reine Rechtslehre e dottrina giuridica dello Stato. H Kelsen e la costituzione austriaca del 1920*, Giuffrè, Milano, 1998.
- BOUDIN, L.B., "Government by Judiciary", en *Political Science Quarterly*, XXVI, 1911.
- BRUTI LIBERATI, E., CERETTI, A., y GIASANTI, A. (coords.), *Governo dei giudici. La magistratura tra diritto e politica*, Feltrinelli, Milano, 1996.
- CAPPELLINI, P., "L'interpretazione inesauribile ovvero della normale creatività dell'interprete", en *Ars Interpretandi*, 6, 2001.
- CASTEL, R., «From Dangerous to Risk», en BURCHELL, G., CORDON, C. y MILLER, P., *The Foucault Effect. Studies in Governmentality*, Harvester, London, 1991.
- CASTIGNONE, S., *Il realismo giuridico scandinavo e americano*, il Mulino, Bologna, 1981.
- CLAUSEWITZ, K. Von, *Vom Kriege*, Berlin, 1832, tr. it. *Della guerra*, Mondadori, Milano, 1942.
- COSTA, P. "Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista", en *Diritto pubblico*, 1995.
- , "Lo Stato di diritto: una introduzione storica", en COSTA, P. y ZOLO, D. (coords.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Miláno, 2002.
- CRAMTON, R., "Demystifying Legal Scholarship", en *Geo. Law Journal*, 75, 1986.
- DAVIDSON, D., "What Metaphors Mean", en *Inquiries into Truth and Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 1984.
- DEZALAY, Y., *Marchands de droit: la restructuration de l'ordre juridique international par les multinationales du droit*, Fayard, París, 1992, tr. it. Giuffrè, Milano, 1995.
- DICEY, A.V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 1915, Liberty Fund, Indianápolis, 1982.
- , *Lectures on the Relations between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*, Macmillan, London, 1914, tr. it. Il Mulino, Bologna, 1997.

- DWORKIN, G., *The Theory and Practice of Autonomy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.
- , *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977, tr. it. Il Mulino, Bologna, 1982.
- ECO, U., “Replica”, en CAVICCHIOLI, S. (coord.), *Interpretazione e sovrainterpretazione. Un dibattito con R. Rorty, J. Culler e C. Brooke-Rose*, Bompiani, Milano, 1995.
- ELIAS, N., *Die Gesellschaft der Individuen*, Suhrkamp, Frankfurt, 1987; tr. it. Il Mulino, Bologna, 1990.
- FERRAJOLI, L., “Lo Stato de diritto tra passato e futuro”, en COSTA, P. y ZOLO, D. (coords.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Miláno, 2002.
- , *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999.
- FERRARESE, M.R., *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Il Mulino, Bologna, 2000.
- FISH, S., *Doing What Comes Naturally*, Clarendon Press, Oxford, 1989.
- , *Interpretative Authority in the Classroom and in Literary Criticism*, ahora en *Is There a Text in This Class? The Authority of the Interpretative Communities*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1980, tr. it. Einaudi, Torino, 1987.
- FLOUD, J., “Report”, en *The British Journal of Criminology*, vol. 22, 3/1982.
- FLOUD, J. y YOUNG, W., *Dangerousness and Criminal Justice. Cambridge Studies in Criminology XLVII*, Editor Sir León Radzinowicz, Heinemann, London 1981.
- FOUCAULT, M., “Lezione seconda, 14 gennaio 1976, Genealogia, 2. Potere, diritto, verità”, en *Difendere la società*, Ponte alle Grazie, Firenze, 1990.
- , *Social Security*, en KRITZMAN, D.L. (coord.), *Politics, Philosophy, Culture: Interviews and Other Writings 1977–84*, Routledge, New York, 1988.

- FRIEDMAN, L.M., *Total justice*, Russel Sage, New York, 1994.
- FULLER, L.L., "Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart", *Harvard Law Review*, 71, 1958.
- , *The Morality of Law*, Yale UP, New Haven (CT), 1969; tr. it. Giuffrè, Milano, 1986.
- GARAPON, A., *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Edition Odile Jacob, París, 1996.
- GARFINKEL, H. y SACKS, H., "On Formal Structures of Practical Actions", en MCKINNEY, J. y TYRIAKIAN, E. (edit.), *Theoretical Sociology*, Appleton–Century–Crofts, New York, 1970.
- GOLDSWORTHY, J., *The Sovereignty of Parliament. History and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1999.
- GOODMAN, N., *Fact, Fiction and Forecast*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1983, tr. it. Laterza, Bari, 1985.
- , *Fact, Fiction and Forecast*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1983, tr. it. Laterza, Bari, 1985.
- GRAY, C.M., "Editor´s Introduction", en HALE, M., *The History of the Common Law*, The University Press of Chicago, Chicago and London, 1971.
- HART, H.L.A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", en *Harvard Law Review*, 71, 1958, ahora en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford, 1983.
- , *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961, tr. it. Einaudi, Torino, 1991.
- HAYEK, F. von, *The Constitution of Liberty*, Routledge & Kegan Paul, London, 1960, tr. it. *La società libera*, Vallecchi, Firenze, 1969.
- , *The Road to Serfdom*, Routledge & Kegan Paul, London, 1971.
- HEGLAND, Kenny, "Goodbye to Deconstruction", en *University of Southern California Law Review*, 58, 1985.
- HERGET, J. y WALLACE, S., "The German Free Law Movement as the Source of American Legal Realism", en *Va. Law Review*, 73, 1987.

- HOBBS, T., *Leviathan*, ed. Ingl. de 1651, tr. it. La Nuova Italia, Firenze, 1987.
- HOHFELD, W., “The Relations Between Equity and Law”, en *Michigan Law Review*, 11, 1913.
- HOLLAND, K. (ed.), *Judicial Activism in Comparative Perspective*, MacMillan, London, 1991.
- HOLMES, Oliver Wendell, “The Path of the Law”, en *Harvard Law Review*, 10, 1897.
- HYLAND, R., “Shall We Dance?”, en CAPPELLINI, P. y SORDI, B. *Codici. Una riflessione di fine millenio*, Giuffrè, Milano, 2002.
- INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS, *The Dynamic Aspects of the Rule of Law in the Modern Age*, Int. Comm. of Jurists, Geneva, s.f.
- , *The Rule of Law and Human Rights, Principles and Definitions*, Int. Comm. of Jurists, Geneva, s.f.
- , *The rule of Law in a Free Society*, Int. Comm. Of Jurists, Geneva, 1960.
- JELLINEK, G., *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1922; tr. it. *La dottrina generale del diritto dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1949.
- JENNINGS, Sir Ivor, *The Law and the Constitution*, V ed., London University Press, London, 1967.
- KELSEN, H., *General Theory of Law and State*, University Press, Cambridge, 1945, tr. it. Edizioni di Comunità, Milano, 1959.
- , *La giustizia costituzionale*, tr. it. Giuffrè, Milano, 1981.
- , *Reine Rechtslehre*, Deutucke, Wien, 1934, tr. it. Einaudi, Torino, 1966.
- KOCH, H.J. y RÜSSMANN, H., *Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft*, Beck, München, 1982.
- KRIPKE, Saul, *Wittgenstein on Rules and Private Language*, Basil Blackwell, Oxford, 1982, tr. it. Boringhieri, Torino, 1984.
- LAMBERT, E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis* (1921), tr. it. Giuffrè, Milano, 1996.

- LEONI, Bruno, *Freedom and the Law*, D. Van Nostrand, Princeton (NJ), 1961; tr. it. Liberilibri, Macerata, 1995.
- LLEWELLYN, K., "Law and the Social Sciences – Especially Sociology", en *Harvard Law Review*, LXII, 1949.
- , *The Brumbe Bush: On Our Law and Its Study*, Oceana Publications, New York, 1930.
- LOVEJOY, A.I., *The Great Chain of Being*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1957.
- LUHMANN, N., *Politische Planung*, Westdeutscher Verlag GMBH, Oplanden, 1971, tr. it. *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida, Napoli, 1978.
- MAC INTYRE, A., *After Virtue. A Study in Moral Theory*, University of Notre Dame Press, Indiana, 1984, tr. it. Feltrinelli, Milano.
- MACCORMICK, "The Interest of the State and the Rule of Law", en WALLINGTON, P., y MERKIN, R.M. (edits.), *Essays in Memory of Professor F.H. Lawson*, Butterworths, London, 1986.
- MANGABEIRA UNGER, Roberto, *Knowledge and Politics*, Free Press, New York, 1975, tr. it. Il Mulino, Bologna, 1983.
- MCGINN, C., *Wittgenstein on Meaning*, Basil Blackwell, Oxford, 1984.
- MCILWAIN, C.H. *The High Court of Parliament and its Supremacy*, 1910, Arno Press, New York, 1979.
- O'NEILL, A., *The Government of Judges: The Impact of the European Court of Justice on the Constitutional Order of the United Kingdom*, European University Institute Press, Firenze, 1993.
- OAKESHOTT, Michael, "The Rule of Law", en *On History and Other Essays*, Barnes and Noble, New York, 1983.
- , *Rationalism in Politics and other Essays*, Liberty Fund, Indianápolis, 1991.
- OLIVERCONA, K., *Law as Fact*, tr. it. *La struttura dell'ordinamento giuridico*, Etas, Milano, 1972.
- PEAKE, M., *Gormenghast*, Vintage, London, 1998.

- PIZZORNO, A., *Il potere dei giudici. Stato democratico e controllo di virtù*, Roma-Bari, 1998.
- POLANYI, K., *The Great Transformation*, Holt, Rinehart & Winston, New York, 1944, tr. it. Einaudi, Torino, 1974.
- PORTINARO, PP., “Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?”, en COSTA, P. y ZOLO, D. (coords.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Miláno, 2002.
- POSNER, R.A., *Economic Analysis of Law*, Little Brown, Boston, 1973.
- , *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1990.
- POSTEMA, G.J., *Bentham and the Common Law Tradition*, Clarendon, Oxford, 1986.
- PREDIERI, A., *L'erompere delle autorità amministrative indipendenti*, Passigli, Firenze, 1997.
- RAZ, J., “The Rule of law and its Virtue”, en *The Law Quarterly Review*, 1977, ahora en *The authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979.
- ROMBOLI, R., *Giudicare la legge? La legge “giusta” nello stato costituzionale*, en RIPEPE, E., (coord.), *Interrogativi sul diritto “giusto”*, SEU, Pisa, 2000.
- RORTY, R., *Consequences of Pragmatism*, Minesota University Press, Minneapolis, 1982, tr. it. Feltrinelli, Milano, 1986.
- , *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, tr. it. Laterza, Bari, 1989.
- ROSS, A., *On Law and Justice*, Steven & Steven, London, 1958, tr. it. Einaudi, Torino, 1990.
- SANTORO, E., “Criminal Policy”, en BELLAMY, R. y MASON, A., (eds.), *Political Concepts*, Manchester University Press, 2002.
- , “Le antinomie della cittadinanza: libert  negativa, diritti sociali e autonomia individuale”, en ZOLO, D. (coord.), *Cittadinanza: appartenenza, identit , diritti*, Laterza, Bari, 1994.

- _____, “Per una concezione non individualistica dell’autonomia individuale”, en *Rassegna Italiana di Sociologia*, n. 3, 1991.
- _____, “Rule of law e libertà degli inglesi. L’interpretazione di Albert Venn Dicey”, en COSTA, P. y ZOLO, D. (coords.), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Feltrinelli, Miláno, 2002.
- _____, *Autonomia individuale, libertà e diritti. Una critica dell’antropologia liberale*, Pisa, ETS, 1999.
- _____, *Common Law e costituzione nell’Inghilterra moderna. Una introduzione al pensiero di Albert Venn Dicey*, Giappicchelli, Torino, 1999.
- SCHMITT, C., *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg, 1934, tr. it. parcial “I tre tipi di pensiero giuridico”, en *Le categorie del politico*, il Mulino, Bologna, 1972.
- SCOTT, A., “Globalization: Social Process or Political Rhetoric?”, en *The Limits of Globalization*, Routledge, London, 1997.
- SINGER, J., “Radical Moderation”, en *Am. B. Found. Res. Journal*, 1985.
- STELLA, F., *Giustizia e modernità. La protezione dell’innocente e la tutela delle vittime*, Giuffrè, Milano, 2001.
- TATE, C.N. y VALLINGER, T. (edit.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York University Press, New York, 1995.
- TAYLOR, Charles, “Responsability for Self”, en RORTY, A.O., *The Identities of the Persons*, University of California Press, Berkeley, 1976.
- VIOLA, F. y ZACCARIA, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma–Bari, 1999.
- VIOLA, F., *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano, 1990.
- WALDRON, Jeremy, “A Right–Based Critique of Constitutional Rights”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, XIII, 1993, n. 1; *The Law*, London Routledge, 1990.
- _____, “The Irrelevance of Moral Objectivity”, en GEORGE, R. (edit.), *Natural Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992.

- , “Theoretical Foundations of Liberalism”, en *Philosophical Quarterly*, XXXVII, 1987.
- , *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999.
- , *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, tr. it. *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Giuffrè, Milano, 2001.
- WARNOCK, M., *Ethics since 1900*, Oxford University Press, Oxford, 1979.
- WATSON, G. (edit.), *Free Will*, Oxford University Press, Oxford, 1982.
- WEBER, M., “Politik als Beruf”, en *Gesammelte Politische Schriften*, München, 1921, tr. it. Einaudi, Torino, 1966.
- , *Wirtschaft und Gesellschaft*, Mohr, Tübingen, 1922, tr. it. *Comunità*, Milano, 1995, vol. III.
- WEILER, J., “The Quiet Revolution: The European Court of Justice and Its Interlocutors”, en *Comparative Political Studies*, XXVI, 1994.
- WITTGENSTEIN, L., *Bemerkungen über die Grundlagen der Mathematik*, Basil Blackwell, Oxford, 1956, tr. it. *Osservazioni sopra i fondamenti della matematica*, Einaudi, Torino, 1988.
- , *Philosophische Untersuchungen*, Basil Blackwell, Oxford, 1953, tr. it. Einaudi, Torino, 1967.
- ZAGREBELSKY, G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 1992.
- ZOLO, D., “La sovranità: nascita, sviluppo e crisi di un paradigma politico”, en *I signori della pace*, Carocci, Roma, 1998.
- , *Il principato democratico. Per una teoria realistica della democrazia*, Feltrinelli, Milano, 1992.

Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en julio de 2010 en los talleres de Impresos Santiago, S.A. de C.V., calle Trigo núm. 80, Colonia Granjas Esmeralda, Delegación Iztapalapa, C.P. 09810, México, D.F. Se utilizaron tipos Gilde de 9, 10, 11, y 18 puntos. La edición consta de 3,000 ejemplares impresos en papel bond de 75 grs.

