

## VII. ALGUNAS TENDENCIAS ACTUALES DE LA TEORÍA DEL DERECHO

IGNACIO CARRILLO PRIETO

EL ESQUEMA de la presentación de estas notas estriba en postular la obra de Kelsen como frontera inicial, no explorada aquí, a partir de la cual se sitúan trabajos menos globalizadores, hasta el extremo final, representado por otra "gran teoría", no estrictamente jurídica, pero de efecto ya registrable en la del derecho: la de Rawls. Es innecesario advertir que esa línea imaginaria no está trazada con todas las obras recientes de teoría del derecho, ni siquiera con todas las trascendentes: apenas se sugiere con tres desarrollos heterogéneos que muestren diversos temas y la diseminación actual del pensamiento teórico acerca del derecho.

Una primera constatación es lo que pudiera calificarse como renuncia al tratado general —al estilo de Kelsen— en favor del tratamiento de problemas, bien de índole técnica metajurídica, tal como ocurre, por ejemplo, con temas de semiótica referidos al derecho, bien de índole filosófica tradicional, como se presentan en la discusión de las relaciones entre moral y derecho.

En segundo término está la revitalización de problemas que se agrupan bajo el rubro de hermenéutica, de retórica y de dogmática jurídicas.

Sin embargo, la característica en ascenso parece ser la preocupación creciente por una teoría del derecho que asuma la relación con el tema central de la justicia y que dé cuenta del tratamiento del problema de los derechos y deberes de la persona. Es evidente, en este caso, la disolución de los límites entre teoría y filosofía del derecho.

De estas tres grandes tendencias, aquí acaso se sugieren temas en una selección cuya arbitrariedad requiere disculpa en razón de su deseado carácter sintético.

### LA HERMENÉUTICA

*Verdad y método*, de Hans Gadamer, recicló para disciplinas diversas, entre ellas el derecho, el recurso a la hermenéutica. La historia de esta técnica enseña que junto con la filológica existieron una teológica y otra jurídica. El estrecho parentesco que unía en su origen a la hermenéutica filológica con las

otras dos, reposó en el reconocimiento de la *aplicación* como momento integrante de toda comprensión.

Tanto para la hermenéutica jurídica como para la teológica, es constitutiva la tensión entre el texto —de la ley o la revelación— por una parte, y el sentido que alcanza su aplicación al momento concreto de la interpretación, en el proceso o en la predicación, por la otra. Una ley no pide ser entendida históricamente, sino que la interpretación debe concretarla en su validez jurídica. Si el texto —ley o mensaje de salvación— ha de ser entendido de modo adecuado, esto es, de acuerdo con las pretensiones que él mismo mantiene, debe ser comprendido en cada momento y en cada situación concreta de una manera nueva y distinta. Comprender es siempre aplicar también.

Para Gadamer, el jurista toma el sentido de la ley a partir de, y en virtud de determinado caso. El historiador, en cambio, no tiene ningún caso del cual partir, sino que intenta determinar el sentido de la ley, representándose constructivamente la totalidad del ámbito de aplicación de ésta, pues sólo en el conjunto de sus aplicaciones se hace concreto el sentido de una ley. El historiador no puede limitarse a aducir la aplicación originaria de la ley para determinar su sentido originario. Como historiador está obligado a hacer justicia a los cambios históricos por los que la ley ha pasado. Su tarea es mediar comprensivamente la aplicación originaria de la ley con la actual.

Sería, para Gadamer, del todo insuficiente limitar la tarea del historiador del derecho a la “reconstrucción del sentido original del contenido de la fórmula legal” y calificar, por el contrario, al jurista como el que debe poner en consonancia aquel contenido con la actualidad presente de la vida.

Una cualificación de este tipo implica que la tarea del jurista es más amplia, pues incluiría también la del historiador. Si se quiere adoptar adecuadamente el sentido de una ley, es necesario conocer asimismo su sentido originario. El jurista tiene que pensar también en términos históricos; sólo que la comprensión histórica no sería, en su caso, más que un medio. A la inversa, al historiador no le interesaría la tarea jurídico-dogmática como tal. Como historiador, trabaja en una continua confrontación con la objetividad histórica, mientras que el jurista intenta reconducir esta comprensión hacia su adaptación al presente jurídico. ¿Cómo se produce aquí el giro hacia lo histórico?

Frente a la ley vigente uno vive —dice Gadamer— en la idea natural de que su sentido jurídico es unívoco y que la praxis jurídica del presente se limita a seguir sencillamente su sentido original. Si esto fuese así, no habría razón para distinguir entre sentido jurídico y sentido histórico de una ley. El jurista no tendría como tarea hermenéutica sino la de comprobar el sentido originario y aplicarlo. Savigny, en 1840, entiende la tarea de la hermenéutica jurídica como puramente histórica. Pero Forsthoff ha mostrado que por razones

jurídicas, es necesario reflexionar acerca del cambio histórico de las cosas, pues sólo éste permite distinguir entre el contenido original del contenido de una ley y el que se aplica en la praxis jurídica. Es verdad que el jurista siempre se refiere a la ley en sí misma. Pero su contenido normativo tiene que determinarse respecto al caso al que pretende aplicarla. Y para determinar con exactitud este contenido normativo, no se puede prescindir de un conocimiento histórico del sentido originario; por eso el intérprete jurídico tiene que implicar el valor posicional histórico que conviene a una ley en virtud del acto legislador. No puede, sin embargo, sujetarse a lo que, por ejemplo, los diarios del debate parlamentario le enseñarían respecto a la intención de los legisladores. Por lo contrario, está obligado a admitir que las circunstancias han ido cambiando y que, en consecuencia, la función normativa de la ley tiene que ir determinándose de nuevo. Jurista e historiador del derecho se equiparan en la tarea hermenéutica puesto que sólo hay conocimiento histórico cuando el pasado es entendido en su continuidad con el presente y esto es lo que el jurista realiza en su labor práctica-normativa cuando intenta realizar la pervivencia del derecho como un *continuum* y salvaguardar —como quiere Emilio Betti— la tradición de la idea jurídica.

Por otra parte, para la posibilidad de una hermenéutica jurídica, es esencial que la ley vincule por igual a todos los miembros de la comunidad jurídica. Cuando no es éste el caso, como ocurría, por ejemplo, en el absolutismo, donde la voluntad del monarca absoluto estaba por encima de la ley, ya no es posible hermenéutica alguna, pues un señor superior puede explicar sus propias palabras, incluso en contra de las reglas de la interpretación usual. La voluntad del monarca no sujeto a la ley puede imponer siempre lo que desee sin atender a la ley, esto es, sin el esfuerzo de la interpretación. La tarea de interpretar sólo se da allí donde algo está impuesto de manera que, como tal, es no abolible y vinculante.

La tarea de la interpretación consiste en concretar la ley en cada caso, esto es, en su aplicación. La complementación productiva del derecho que tiene lugar en esta aplicación está, desde luego, reservada al juez. Pero en la idea de un ordenamiento jurídico está contenido el que la sentencia del juez no obedezca a arbitrariedades imprevisibles. En esto consiste la seguridad jurídica de un Estado de derecho: uno puede tener idea de a qué atenerse. Siempre es posible, por principio, elaborar dogmáticamente cualquier complementación jurídica introducida en el ordenamiento. Entre la hermenéutica jurídica y la dogmática jurídica, existe así una relación esencial en la que la hermenéutica detenta una posición predominante, de admitirse que no es sostenible la idea de una dogmática jurídica total bajo la que pudiera fallarse cualquier sentencia por mera subsunción.

## LA DOGMÁTICA

Niklas Luhmann ha emprendido una crítica radical a la dogmática jurídica con el fin de encontrar la compatibilidad del derecho con una pluralidad de situaciones sociales diferentes y con un material normativo en rápido cambio.

El sentido de la dogmática no está en la fijación de lo ya establecido, sino en hacer posible la distancia crítica, en organizar un estrato de reflexiones, de fundamentos, de valoración de relaciones, con el que el material jurídico es controlado y elaborado para la aplicación más allá de su valor como dato no mediado. La dogmática regula la conducta disponedora del jurista; define las condiciones de lo jurídicamente posible. Pueden encontrarse criterios de relación, en primer lugar en los casos ya decididos. De esta manera, se van repitiendo decisiones de aplicación en otras situaciones similares. Si el caso como tal cumple la función de criterio para establecer relaciones, surge la *casuística*. El sistema jurídico articula sus premisas de decisión como interdependencia inmediata de decisiones. En la medida en que los fundamentos de la semejanza de casos son reflejados y convertidos en criterios para establecer relaciones, surge la dogmática.

Luhmann advierte una interesante relación: la justicia como perfección de la unidad del sistema se refiere a las exigencias impuestas al derecho por la sociedad en su totalidad; la dogmática representa el plano interno al sistema jurídico en el cual se reespecifican y operacionalizan tales exigencias.

Una pregunta crucial: ¿puede el sistema jurídico de la sociedad actual conservar y desarrollar una dogmática jurídica empleando las consecuencias de las decisiones jurídicas como criterios? La cuestión es si una dogmática edificada sobre la consideración de las consecuencias estará en situación de desarrollar una política autónoma de justicia. Para ensayar su respuesta, Luhmann relaciona el problema del enunciado regla-excepción con la llamada ponderación de intereses. Mediante dicho esquema, se pueden considerar exigencias divergentes planteadas al derecho. La regla puede tener validez general, aun no siendo aplicada a todos los casos individuales. Esto exige, en comparación con las reglas que valen sin excepción, un mayor grado de abstracción para la justificación de la regla. Así, si la prohibición del aborto incluye excepciones, ya no puede fundamentarse en el valor de la vida orgánica. El esquema regla-excepción sirve para la absorción de la ilegalidad necesaria: hace pasar el comportamiento del Estado de lo prohibido al de lo permitido, manteniendo empero la primacía de la regla; codifica, por decirlo así, formaciones parajurídicas de normas o enumerándolas de modo exhaustivo o dejándolas indefinidas. El esquema regla-excepción sugiere que la su-

bordinación a la regla sea normal y exige que, si ha de operar la excepción, el caso reúna los elementos singulares más o menos tipificados previamente. La excepción ha de ser justificada de modo innovativo, y no sólo en sí misma, sino al mismo tiempo en su carácter de desviación de la regla, argumentando, por ejemplo, su inofensividad para la regla.

Ante todo, habrían de aclararse y, en caso necesario, decidirse legislativamente, las exigencias por establecer para aceptar una excepción, las posibles consecuencias de la aplicación de la regla, por ejemplo, los graves daños para la salud de la madre, de cumplirse la prohibición del aborto. Así, las consecuencias previsibles llevan a la decisión de la regla hacia la excepción.

La llamada regla de ponderación está en una relación completamente distinta con respecto a las consecuencias de las diversas opciones de decisión. Así, el camino que, partiendo de la sacralidad e indisolubilidad del matrimonio, pasa por la autorización de divorcio como excepción y lleva a una ponderación de intereses y consecuencias en caso de demanda de divorcio, ponderación que ya no puede ser regulada dogmáticamente y que sociológicamente aún no puede serlo. La *ratio legis* del mandamiento de ponderación es sólo la propia ponderación. Es un momento de aquel movimiento general hacia la jurisprudencia de intereses, protección de los bienes jurídicos e interpretación teleológica.

Luhmann reconoce que la orientación a las consecuencias de la acción, y con ello la orientación a un futuro aún incierto, es característica dominante de la sociedad moderna. El ciudadano tiene que prever las decisiones del sistema jurídico. Si se considera que las consecuencias son siempre aspectos artificialmente aislados de una realidad futura, debe admitirse que el problema de la justificación de la decisión se desplaza a las condiciones para realizar tal aislamiento y que es la dogmática la que ha de fundamentar y limitar el empleo de las expectativas de consecuencias como criterios de decisión, escogidos y preparados para dicha función. El aumento fáctico de la sensibilidad a las consecuencias puede ayudar a corregir una dogmática muy abstracta. Las posibilidades consideradas por Luhmann son: i) *la internalización*; para la consecución de las limitadas opciones de decisión, no es necesario ir hasta las consecuencias reales de la decisión fuera del sistema jurídico; casi siempre se refiere a consecuencias jurídicas, y ii) *los distintos planos de agregación*; para domesticar jurídicamente el problema de las consecuencias, se intenta establecer si el sistema de decisión sólo ha de considerar las consecuencias de sus decisiones singulares o si también ha de hacerlo respecto de las consecuencias de su orientación a reglas de decisión; el sistema jurídico exige que en cada caso sea posible al menos una decisión y que en cualquier otro caso esté abierta al menos una posibilidad de decisión. Es

campo de la dogmática controlar el alcance de la limitación del ámbito de posibilidad de otras decisiones; esto se efectúa mediante la identificación de conceptos y de *rationes legum* que se tratan del modo más homogéneo posible, pero que no excluye que cada una de las decisiones de los casos desencadenen consecuencias cuyas valoraciones se contradigan; la dogmática integra el sistema jurídico sólo en el plano de las premisas de las decisiones; no proporciona ninguna integración de consecuencias en la realidad de su entorno.

Luhmann concluye considerando no recomendable una dogmática jurídica que emplee las consecuencias como criterio de lo lícito y lo ilícito. En estas circunstancias —afirma—, existe el peligro de que un sistema jurídico al que se exija una orientación sociopolítica a las consecuencias, abandone su autogobierno dogmático y ya no se oriente a criterios que trasciendan el programa de decisión, sino sólo directamente a las propias expectativas de las consecuencias. Se ha de tener en cuenta que los juristas, carentes de controles dogmáticos, no estarían en situación de diferenciar suficientemente, en el proceso de valoración de las consecuencias de sus decisiones, entre sus expectativas valorativas y sus criterios, y entonces el control político del acceso a la decisión jurídica y la selección de personal que ha de decidir acerca de lo lícito y lo ilícito, se transformaría en un problema. Finalmente, también perdería sentido diferenciar entre las disyunciones conforme a derecho/contrario a derecho y bueno/malo, diferencia ésta por la que murió Sócrates.

#### EL DERECHO Y EL PODER: LA CRISIS DEL CONCEPTO DE SOBERANÍA

La incesante construcción y reconstrucción del concepto de soberanía, como lo atestigua la ingente bibliografía, se explica de admitir que equivale a la racionalización jurídica del poder, a la transformación del poder de hecho en poder de derecho. Uno de los últimos clásicos de este siglo, Herbert Hart, al idear su *Concepto de derecho*, no ha eludido la cuestión, pues no hay explicación del funcionamiento del sistema jurídico sin el concepto de soberano que él reconstruye a partir de Austin: “Dondequiera —escribe— haya un sistema jurídico es menester que exista alguna persona o cuerpo de personas que emitan órdenes generales respaldadas por amenazas y que esas órdenes sean generalmente obedecidas y tiene que existir la creencia general de que estas amenazas serán probablemente hechas efectivas en el supuesto de desobediencia. Esa persona o cuerpo debe ser internamente supremo y externamente independiente. Si —de acuerdo con Hart— llamamos soberano a tal

persona o cuerpo de personas supremo o independiente, las normas jurídicas de cualquier país serán las órdenes generales respaldadas por amenazas dictadas por el soberano o por los subordinados que obedecen a aquél.”

Hart esquematiza el funcionamiento del concepto que reconstruye mediante una relación sencilla: súbditos que prestan obediencia habitual y soberano que no presta obediencia habitual a nadie. Para nuestro propósito es importante recordar la crítica a este esquema, sobre todo la que mira a la pretendida ausencia de límites del poder soberano, es decir, a la concepción de que el derecho es producto de una voluntad jurídicamente ilimitada. Ya Bentham sostenía que el poder supremo podía ser limitado por convicción expresa. Se sabe que el argumento de Austin contra la limitación jurídica al poder del soberano se apoyó en la suposición de que estar sometido a tal limitación es estar sometido a un deber. Buena parte de la famosa disertación de Hart se enfoca a la destrucción de tal supuesto y concluye con la demostración de que tales limitaciones consisten no en deberes, sino en incompetencias. La conclusión es uno de los momentos de la relativización de la soberanía en nuestros días, proceso que, sin duda, no ha concluido, sobre todo frente a las tendencias que, en este punto, se advierten en el umbral del tercer milenio.

Ya en la mitad de nuestro siglo, Kelsen concluía su *Teoría general del derecho y del Estado* con escepticismo respecto del problema de la soberanía. Advirtió la identidad del Estado como sujeto del derecho internacional y del nacional, significando que, en última instancia, el orden jurídico internacional obliga y faculta al Estado, y el orden jurídico nacional determina a los individuos que, como órganos estatales, ejecutan sus deberes y ejercitan sus derechos internacionales: ambos forman uno y el mismo orden jurídico universal.

Constituye una cita clásica la afirmación de que dos órdenes jurídicos nacionales son simultáneamente válidos, si tales órdenes son concebidos como partes de un solo sistema. El derecho internacional es el único orden jurídico capaz de establecer tal relación entre esos órdenes: es la teoría del reconocimiento del derecho internacional de la que depende su validez. Pero se sabe que no es necesario probar que un Estado ha consentido sujetarse a una norma del derecho internacional para sostener que, en un caso concreto, tal Estado ha violado una obligación internacional. Mientras el reconocimiento de una comunidad como Estado es un acto establecido por el derecho internacional positivo, el reconocimiento de la validez del derecho internacional por el Estado no puede ser establecido por el propio derecho internacional, ya que supondría aquello que se quiere validar: el orden jurídico internacional.

La conclusión kelseniana es que sólo un orden normativo puede ser soberano; es decir, autoridad suprema o última razón de validez de las normas que

un individuo está autorizado a expedir con carácter de mandatos y que otros individuos están obligados a obedecer.

Haber recordado las anteriores reconstrucciones del concepto de soberanía tuvo como propósito observar la mutación crítica de tal idea y el conflicto de visiones que implica. Un repaso somero de la historia del concepto muestra sus numerosas interpretaciones: soberanía limitada (sea por la ley divina, la natural, la positiva; la feliz impotencia que la ley establece para hacer el mal); soberanía absoluta aunque no arbitraria puesto que, como quiso Hobbes, el poder no proviene de un capricho sino que manda por imperativos dictados por la racionalidad técnica que persigue el sumo objetivo político: la paz social requerida para la utilidad de los individuos particulares; pero también la dicotomía entre el pueblo soberano y su representación, que se resuelve en la identificación entre poder soberano y derecho, como quiere Kelsen.

Mateucci ha llegado a sostener que con la progresiva juridización del Estado y con su respectiva reducción a ordenamiento, tiene poco sentido hablar de soberanía, pues nos encontramos frente a poderes constituidos y limitados, mientras que la soberanía en realidad es un poder constituyente, creador del ordenamiento y, como tal, cada vez más se nos aparece hoy supremo originario. Así, concluye, la soberanía es un poder adormecido, que se manifiesta sólo cuando se rompen la unidad y la cohesión social, cuando hay concepciones opcionales acerca de la Constitución, cuando hay una fractura en la continuidad del orden jurídico. Podría agregarse: y cuando las referencias político-jurídicas tradicionales se ven necesitadas de reformulación en el contexto global que implica la disolución de vínculos seculares y la aparición de figuras comunitarias autónomas al interior del Estado nacional, que tal es la perspectiva en el umbral del tercer milenio.

En estas vísperas, renacen Montesquieu y Tocqueville: defensa de los cuerpos intermedios como elementos de mediación política entre el individuo y el Estado, exaltación de las asociaciones libres que ponen al ciudadano en la condición de defenderse de una mayoría omnipotente. En suma: preeminencia del pluralismo, de la poliarquía que reconoce y propugna que el proceso de la decisión política sea el resultado de toda una serie de mediaciones. Es la crisis del Estado, incapaz de ser un centro de poder único y autónomo, el sujeto exclusivo de la política, el único protagonista en la escena internacional. Fructífera como ha sido, la idea de la soberanía ha sufrido modulaciones que provienen ya de los derechos fundamentales, bien del principio de la separación de los poderes, ya de la exigencia de una constitución escrita, bien del postulado del Estado de derecho y de la exigencia de publicidad y transparencia en el ejercicio del poder, contra la política de los *arca-*



*na imperii* de los príncipes absolutos de ayer y hoy. Creo que la preocupación central ante el problema de la soberanía a la hora de la insuficiencia del Estado nacional y de la reivindicación de las autonomías comunitarias es, de nueva cuenta, trazar los límites del poder, restringirlo y controlarlo de tal modo que no pretenda, con el ropaje de la soberanía, ignorar que el objeto de todas las instituciones políticas ha de ser rescatar, solidariamente, todos los días, la dignidad de todos los hombres, impulso anterior y superior a cualquier otra consideración.