

Réplica al comentario de J. R. de Páramo

Por JOSE ANTONIO RAMOS PASCUA

Salamanca

Antes de nada quiero expresar mi agradecimiento al Profesor J. R. DE PARAMO ARGÜELLES. Me he beneficiado de su ayuda antes, durante y después de escribir el libro que comentamos. Antes, porque fue él quien me proporcionó algunos importantes materiales bibliográficos de los que entonces carecía y que me permitieron emprender la investigación. Durante, porque su importante trabajo sobre el pensamiento del Hart¹ me ha servido de estímulo y valioso auxiliar en la construcción del mío; y después, por la amable revisión crítica a la que ahora respondo.

Comienza ésta discutiendo tres cuestiones concretas. La primera se refiere a la calificación como descriptivo, en el sentido de no apoyado en norma alguna, del concepto de soberano de J. Austin; calificación puesta en tela de juicio por Páramo en atención a ciertos rastros de elementos normativos que, en su opinión, pudieran encontrarse en la versión del soberano de dicho autor. Ciertamente, en las primeras páginas del libro, sostengo que el concepto «voluntad del soberano» no se apoya en normas, sino que se define por referencia a hechos o, en palabras de H. Kelsen, «es sociológico o político, pero no jurídico»². Hay que advertir, sin embargo, que con tales afirmaciones, más que emitir un juicio «de mi cosecha» sobre la doctrina de Austin (que, por lo demás, no habría sido demasiado original), pretendía describir las deficiencias que los propios autores positivistas más perspicaces habían detectado en los puntos de vista del primer positivismo jurídico, que podríamos denominar acrítico o decimonónico. Intentando paliar tales deficiencias, Kelsen construirá la primera gran fundamentación crítica de la doctrina positivista sobre el Derecho. En cualquier caso aunque, co-

1. J. R. DE PÁRAMO ARGÜELLES, H. L. A. *Hart y la teoría analítica del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984. Vid. también mi recensión al citado libro en el «Anuario de Filosofía del Derecho» (N.E.), vol. II, 1985, pp. 491-494.

2. Cfr. H. KELSEN, *La teoría pura del Derecho y la jurisprudencia analítica*, en «La idea del Derecho Natural y otros ensayos», Buenos Aires, Losada, 1946, p. 230.

mo digo, la idea que Páramo discute pretende expresar, como fácilmente se deduce del contexto en que aparece en el libro, más que una opinión personal mía, un punto de vista muy extendido incluso entre los autores positivistas de nuestro siglo (además de Kelsen la han sostenido, entre otros, N. Bobbio, H. Hart, así como también A. Hägerström, K. Olivecrona y A. Ross, si se me permite incluir entre los positivistas a los miembros del Realismo Jurídico Escandinavo), me parece perfectamente asumible y difícilmente refutable. De hecho, la intención del mismo Austin era la de construir una teoría jurídica en términos puramente fácticos. Que la empresa resultara irrealizable y que en su misma doctrina permanecieran remotos rastros de elementos normativos reacios a ser desterrados, sería una prueba más de lo descaminado de su propósito y no debería servir de base a otros para reconstruir su pensamiento en términos normativos; cosa que contradice el espíritu de su obra y no podría llevarse a efecto sin un retorcimiento excesivamente artificioso.

La segunda cuestión previa que Páramo discute afecta a lo que denomina la tesis positivista de las fuentes normativas del Derecho. En su opinión, sin duda acertada y nunca rebatida por mí, dicha tesis no es un elemento conceptual que haya de estar necesariamente presente en toda doctrina que pretenda pasar por positivista. En verdad, las doctrinas atribuidas al positivismo jurídico han sido muy diversas y algunas difícilmente compatibles; de modo que no todas las corrientes de ese movimiento han podido, ni han pretendido, asumir las mismas. Así, por ejemplo, las corrientes sociológicas tienden a rechazar la tesis de las fuentes normativas del Derecho, reduciéndolo a mero hecho social. Por mi parte, a lo largo del libro he reiterado la advertencia de que «cuando aludo al positivismo jurídico no pretendo abarcar todas y cada una de sus diversas variantes, sino que me refiero exclusivamente a la corriente que juzgo principal: la que podría denominarse como positivismo normativista» (p. 229). Pues bien, todos los autores adscribibles a esa corriente tienden a aceptar, más o menos claramente, la tesis de las fuentes normativas del Derecho. Es cierto, sin embargo y quizá en eso esté pensando Páramo cuando hace la objeción, que una de las tesis más relevantes de Hart, a pesar de su confesado normativismo, es la que él mismo denomina «de las fuentes sociales del Derecho» según la cual las fuentes del Derecho descansarían en una práctica social³. Ahora bien, esa práctica social es la de los jueces al aceptar la regla de reconocimiento que les impone el deber de aplicar ciertos criterios de identificación de normas jurídicas válidas y no otro. Se trata, pues, de una «práctica normativa», de una regla social, no de un mero hábito de conducta. La tesis de las fuentes sociales del Derecho que Páramo contrapone a la de las fuentes normativas, no puede ser, por tanto, la de Hart, aunque ciertamente Hart en este punto

3. Cfr. H. L. A. HART, *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, traducción de J. R. DE PÁRAMO, L. HIERRO y F. LAPORTA, en «sistema», vol. 36, 1980, pp. 5 y 7-8.

es algo ambiguo, sino que se acercaría más bien a las del positivismo de raíz sociológica, corriente ésta de la que en el libro no me ocupó, salvo muy indirectamente en la sección dedicada al Realismo Jurídico Escandinavo. De hecho, la interesante idea que añade Páramo en su escrito en el sentido de que «las actitudes normativas puedan provenir desde *fuera* del propio Derecho», recuerda la concepción de A. Ross, según la cual la obligatoriedad de las normas no es una cualidad intrínsecamente suya sino un sentimiento añadido, cierta necesaria experiencia psicológica de, por lo menos, los jueces⁴. Las insuficiencias de este punto de vista son bien conocidas y no es necesario insistir aquí sobre ellas.

La tercera y última de las objeciones iniciales discute ciertos apuntes contenidos en el libro en torno a la noción de obligatoriedad jurídica. Allí se afirma que «la obligatoriedad no es un rasgo que le venga dado a la norma por el hecho de ser válida, sino que es un rasgo que pertenece a la propia naturaleza de toda norma; aunque, naturalmente, no habrá obligatoriedad alguna si la norma no existe, esto es, si la norma no es válida» (p. 44). La paternidad de esta cita, que desde luego se debe a mi modesta pluma, no me es propiamente atribuible, dado que con ella se pretende, más que exponer un punto de vista personal, explicar el pensamiento de Kelsen sobre el tema. Y Kelsen, dicho muy resumidamente, considera que la obligatoriedad es un rasgo inherente a la naturaleza de toda norma, porque toda norma constituye un deber-ser en el sentido de que en toda norma verdadera se imputa *como debida* una consecuencia dañosa, o al menos un acto coactivo, a la realización de ciertos actos o a la producción de ciertos hechos. Esta fuerza vinculante, en cuanto inherente a toda norma, no es exclusiva del Derecho, como bien advierte Páramo, sino que la comparte con cualquier otro orden normativo respaldado por sanciones. Lo anterior nos servía para rebatir la idea, sostenida por diversos autores, de que el concepto de validez jurídica implicaba dos cosas distintas en el pensamiento del Kelsen: por una parte la existencia de las normas y por otra su obligatoriedad. En realidad, validez equivale exclusivamente a existencia. La obligatoriedad no es algo que le deba la norma al hecho de ser válida, sino al hecho de ser norma. La confusión surge por la razón obvia de que una norma no puede obligar si no existe, es decir, si no es válida (como un pájaro no puede volar si no existe). En ese sentido podría correctamente afirmarse que la validez jurídica de una norma (que supone su pertenencia a un sistema jurídico) es condición de su obligatoriedad, y que «sólo podemos hablar de deberes jurídicos en el contexto de un sistema de normas válidas»⁵. Aclaradas así

4. La alusión crítica que Páramo hace a continuación a la identificación kelseniana de validez y fuerza obligatoria recuerda también la de A. ROSS, *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, p. 27 (Kelsen, cuasi positivista).

5. Cfr. la ponencia de J. DELGADO PINTO, *El deber y la obligación moral de obedecer al Derecho*, en las XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social, celebradas en Oviedo durante los últimos días de marzo de 1990, p. 8.

las cosas, he de añadir que la concepción kelseniana de la obligatoriedad, aunque se concibe, acertadamente a mi juicio, como una «vinculación normativa» de la conducta, no logra explicar satisfactoriamente en qué consiste tal vinculación normativa; y ello, seguramente, porque su autor considera inanalizable el concepto de deber-ser⁶. Teniendo en cuenta lo anterior, me parece mejor encaminada y más fecunda la concepción hartiana, aunque presenta también ciertos inconvenientes, como demuestra el hecho del que Páramo ha sido testigo de excepción, de que el propio Hart haya intentado reformularla recientemente; y, por cierto, en una línea que tiene ciertas resonancias kelsenianas.

Tras las puntualizaciones que anteceden se centra Páramo en lo que constituye el núcleo central del libro. Aparentemente está, en general, de acuerdo con la caracterización allí contenida de la doctrina de la regla de reconocimiento y con las principales objeciones a la misma. Se resiste a conceder, sin embargo, que la idea de obligación jurídica sostenida por Hart contenga algún componente de carácter moral, dado que de lo contrario resultaría muy seriamente debilitada la principal pretensión de la teoría jurídica de Hart: la idea de la no necesaria conexión entre el Derecho y la moral. Supongo que con lo anterior quiere Páramo rebatir la tesis de que a través de la necesaria aceptación judicial de la regla de reconocimiento, elemento clave en la concepción de Hart de la obligación jurídica, el Derecho conecte necesariamente con valoraciones políticas y morales. Con todo, y paradójicamente, en otro lugar de su comentario parece dispuesto a conceder «que, en última instancia, la aceptación de una regla de reconocimiento por parte de los jueces implique un razonamiento justificativo de carácter moral». Con el propósito de defender la idea de obligación jurídica de Hart como algo no necesitado de ingredientes morales, se remite a las correcciones antes mencionadas que introdujo éste en su doctrina de la obligación jurídica en una entrevista que le concedió precisamente a él⁷. He leído con gran interés las modificaciones y creo que no alteran en lo esencial las cosas; por lo menos en lo que se refiere a la cuestión que ahora discutimos. Lo que Hart viene a sostener en esta última revisión de su pensamiento es que una regla es obligatoria cuando se acepta mayoritariamente que las exigencias y presiones tendentes a lograr su cumplimiento son respuestas *legítimas* en el sentido de que el sistema normativo las exige o al menos las permite. Lo anterior sería válido en general. Algo semejante ocurriría en concreto en relación a las normas jurídicas. Serían obligatorias porque, al ser normas válidas, es decir, pertenecientes al sistema jurídico en cuanto satisfacen los requisitos de pertenencia previstos en la regla de reconocimiento, podría considerarse *legítima* la respuesta sancionatoria de sus infracciones. En palabras del propio Hart: «en los términos de mi nueva teoría, las obliga-

6. *Ibid.*, pp. 7-8.

7. Publicada en «Doxa», vol. 5, 1988, pp. 339-361.

ciones jurídicas existen cuando las demandas y la presión social están legitimadas por reglas jurídicas positivas». En definitiva, lo que Hart viene a sostener es que las normas jurídicas son obligatorias, porque forman parte de un sistema de normas obligatorio. La pregunta obvia que surge de inmediato es la de por qué el sistema jurídico es obligatorio, o dicho en otros términos, por qué es obligatoria la regla de reconocimiento que configura el sistema. Sería inaceptable, por incurrir en una evidente circularidad, querer apelar aquí de nuevo al sistema, afirmando que la regla de reconocimiento es obligatoria porque el sistema exige su cumplimiento. Tal apelación es inviable porque, como es bien sabido, sin regla de reconocimiento no puede configurarse sistema jurídico alguno. Así pues, para responder a la pregunta de por qué es obligatoria la regla de reconocimiento, Hart tendría que volver a su antigua doctrina de las reglas sociales: la regla de reconocimiento sería obligatoria porque constituye una práctica aceptada para guiar la conducta, práctica que se considera importante porque se la cree necesaria para la preservación de la vida social o de algún aspecto muy importante de la misma, y en relación a la cual es insistente la exigencia general en favor de la conformidad y fuerte la presión social ejercida sobre quienes se desvían o amenazan con hacerlo. Y si nos preguntáramos a continuación por las razones que justifican la aceptación de la regla de reconocimiento por parte de los jueces; es decir, si nos preguntáramos por las razones que justifican que los jueces consideren cierta práctica de identificación de normas como una regla obligatoria, encontraremos que tal justificación sólo puede hallarse en una razón moral, en una positiva valoración ético-política⁸.

A continuación, comenta Páramo la caracterización de la regla de reconocimiento que se defiende en el libro como regla social obligatoria. Después de mostrar algunas reticencias al respecto, termina expresando su acuerdo también en este punto. En general, me parece advertir, con gran satisfacción por mi parte, que Páramo está de acuerdo con el grueso del libro, con sus tesis básicas. Sus discrepancias afectan sólo a cuestiones de detalle o marginales, pero no, con alguna excepción, al núcleo esencial del libro, que sale incólume del lance.

Quizá la única alusión crítica que afecta al conjunto del libro sea la algo vaga de que «su crítica a un concepto demasiado estrecho de positivismo jurídico es, por demasiado obvia, ineficaz». No dudo de que la crítica al positivismo jurídico que se contiene en el libro y que no es sino una simple extracción de consecuencias del análisis detallado de la doctrina de Hart (análisis que Páramo parece aceptar como bueno), es muy obvia; pero justamente ahí reside su eficacia. Sería paradójico en demasía que las críticas

8. En el libro que comentamos, *La regla de reconocimiento en la teoría jurídica de H. L. A. Hart. Un intento de configuración del Derecho como sistema normativo autónomo*. Madrid, Tecnos, 1989, pp. 194-200, se ofrecen diversos argumentos en apoyo de esa tesis. También el Prof. J. DELGADO PINTO, en la ponencia antes citada, pp. 19-22, aporta argumentos de peso en favor de la misma idea.

obvias o, lo que es lo mismo, claras, evidentes, hubieran de ser por esa razón ineficaces. Afirma Páramo a continuación que el concepto de Derecho de Hart está alejado de la reconstrucción que yo hago de él, como también lo está de la trazada por Dworkin. Sin embargo, en las réplicas de Hart a Dworkin no se encuentran demasiadas protestas de haber sido malentendido y en el comentario al libro que ahora nos ocupa tampoco se explica en qué sentido haya podido malinterpretar yo la doctrina de Hart. No tiene mucho sentido mostrarse casi completamente de acuerdo con el análisis de la doctrina de Hart contenido en el libro y a continuación rechazar las consecuencias «obvias» que de él se desprenden.

El comentario de Páramo termina centrándose en otra cuestión que, aunque importante en sí misma, es en realidad también marginal respecto al contenido básico del libro; porque se refiere a la sugerencia o propuesta final que yo simplemente apuntaba como una posible vía de hacer compatible lo que de positivo (no lo que de positivista) existe en la doctrina de Hart con las correcciones que exigen sus deficiencias. En efecto, una vez descartada la idea de que los criterios formales de identificación normativa contenidos en la regla de reconocimiento agotaran las fuentes del Derecho, dada su incapacidad para identificar todas las pautas operantes en cada orden jurídico, proponía yo, a modo de simple esbozo, que se admitiera la existencia, junto a las fuentes juridificadas en la regla de reconocimiento, de otras fuentes o instancias emanadoras de Derecho; que vendrían a reconducirse a los principios ético-políticos socialmente prevalecientes; resultando así abierto, al menos parcialmente, el pulcro sistema cerrado de normas trazado por el positivismo. Sería un sistema que podría calificarse de abierto en el sentido de que junto a un núcleo (el conjunto de normas jurídicas válidas) perfectamente delimitable y ordenado gracias a su común validación por referencia a la regla de reconocimiento, existiría dentro del mismo orden jurídico otro bloque de normas, principios y pautas político-morales que por su fluidez y mutabilidad resultarían de imposible enumeración y reluctantes a cualquier intento de ordenación sistemática» (p. 234). Páramo sostiene que dicha propuesta podría ser asumida por el positivismo jurídico en cuanto que, a su juicio, no es incompatible con una teoría descriptiva del Derecho que mantenga la tesis de su separación conceptual de la moral. En este punto tengo que discrepar. Si hemos afirmado que la principal instancia, quizá la única, de la que ininterrumpida e inevitablemente fluyen nuevos principios que integran el cuerpo normativo del Derecho, es la moral social, la esfera de valores ético-políticos socialmente predominantes, difícilmente podremos aceptar que la propuesta más arriba esquematizada sea compatible con la tesis positivista de la no necesaria conexión entre el Derecho y la moral. Ciertamente Páramo razona bien cuando argumenta que «del hecho contingente de que los operadores jurídicos utilicen normas de carácter moral para justificar sus decisiones no se deriva la tesis de la unión conceptual entre el Derecho y la moral». En verdad, esa tesis no po-

dría derivarse de tal hecho si realmente fuera contingente. Pero, a mi juicio, no lo es. No es ocasional o contingente sino inevitable el uso que los jueces hacen de pautas morales en su labor de aplicación del Derecho. Es inevitable, entre otras cosas, porque las normas jurídicas requieren muchas veces integración y probablemente siempre interpretación, y ambas operaciones, si han de realizarse adecuadamente, no pueden dejar de tener en consideración los principios que justifican la existencia de cada norma singular y del orden jurídico en su conjunto. Y lo que justifica las normas y el sistema jurídico, un ordenamiento que restringe coactivamente nuestra libertad de acción, no puede determinarse sin hacer referencia al cuerpo de convicciones ético-políticas de la sociedad de que se trate. Si se acepta lo anterior no será fácil continuar negando la existencia de una conexión necesaria entre el Derecho y la moral; salvo que se considere, como Páramo también parece hacer, que todas las pautas, principios o valoraciones, en su mayor parte de raigambre moral, que, aun no siendo identificables a partir de la regla de reconocimiento, operan indudablemente como Derecho, no forman en realidad parte del sistema jurídico sino que son elementos que los jueces pueden introducir en él, en el curso de su labor integradora e interpretadora del Derecho, haciendo uso de su discrecionalidad. Concebir así las cosas no me parece del todo satisfactorio, entre otras razones, porque requiere el reconocimiento de algo que gran parte de los juristas de todas las épocas han reputado odioso: la discrecionalidad judicial. No es ahora el momento de profundizar en la discusión de este tema⁹. Únicamente diremos que parece más acorde con el sentido de lo jurídico y con los derechos que los ciudadanos poseen en los ordenamientos modernos, interpretar la aplicación de las pautas morales que inspiran al orden jurídico como fruto de una trabajosa indagación en el Derecho ya existente y no como resultado de la invención, arbitrariedad o concesión graciosa de los jueces.

Concluye Páramo, en sentencia vagamente relativista, que «las soluciones a este tipo de interrogantes dependen del punto de vista que se adopte respecto al concepto de Derecho». Quizá podrían evitarse muchas disputas estériles si se emprendiera en lo posible el camino inverso; afrontando, en primer lugar, los interrogantes concretos que la realidad del Derecho suscita, tratando de ofrecerles una respuesta ajustada a la realidad de la vida jurídica práctica, y adoptando, a continuación, el concepto de Derecho que mejor se acomode a los resultados de la investigación anterior.

Reitero, en fin, mi agradecimiento al Profesor Páramo por su atención y confío en que mi réplica no haya pecado en ningún momento de impertinente: peligro que siempre acecha en esta especie de pugilatos doctrinales, donde fácilmente se escapa algún golpe bajo; lo cual, de producirse, hubiera sido doblemente inadecuado: porque siempre lo es y porque no se correspondería con el tono exquisitamente respetuoso y desapasionado del comentarista de mi libro; un libro que, por lo demás, no merecía tantas atenciones, que en todo caso agradezco.

9. Una síntesis actual de los argumentos contra la discrecionalidad judicial puede hallarse en la obra de R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 83 y ss.