

Actividades frente a normas

Por FERNANDO GALINDO

Zaragoza

En tiempos de cambio es conveniente tomar posiciones que caractericen el estado actual de la discusión jurídica y con ello permitan señalar el horizonte a partir del cual continuar la misma. A estos efectos nada mejor que confrontar la discusión sobre el concepto de Derecho, en cuanto que ello puede ayudar a clarificar el mismo concepto a la vez que el contexto considerado en la definición, y de esta forma ilustrar sobre nuevos rumbos y, acaso, la recuperación de antiguos. De ello se trata en este trabajo en el que se contrastan las ventajas e inconvenientes de establecer reflexiones sobre el Derecho que, a partir de conceptos no positivistas, ponen énfasis en las normas y la justicia y en las actividades y la justicia. Es de advertir que el autor prefiere poner de relieve la conveniencia de destacar la relación de las actividades y la justicia en un concepto no positivista de Derecho. De justificar esta afirmación tratan estas páginas.

A estos efectos siendo estimable el conjunto de trabajos de Robert Alexy traducidos al castellano, lo que permite al interesado contextualizar los conocimientos y posicionamientos de su obra, es oportuno tomar situación con respecto a lo que en ellos dice. Ha de tenerse en cuenta que este autor define el Derecho relacionando normas jurídicas y justicia. Para ello vamos a tener en cuenta la monografía titulada «El concepto y la validez del Derecho», editada junto a otros significativos trabajos del mismo autor en una reciente publicación que lleva el mismo título (Robert Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. Jorge M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, 208 páginas).

El trabajo de Alexy está centrado en la fundamentación y elaboración de un concepto no positivista del Derecho. Para llegar al concep-

to, tras tomar como punto de partida el estudio de dos decisiones del Tribunal Constitucional alemán sobre «casos insólitos», para cuya explicación no sirven los conceptos positivistas-normativistas de Derecho, Alexy expone las particularidades de distintos conceptos positivistas de Derecho. Sus características quedan unificadas por la circunstancia de que esos conceptos coinciden en admitir la existencia de una separación entre Derecho y Moral, y por lo tanto en explicar el Derecho por su legalidad o por su eficacia. De ahí Alexy concluye que son insuficientes para dar razones a resoluciones del Tribunal Constitucional alemán sobre casos insólitos en los cuales se establece expresamente o bien una vinculación entre las normas jurídicas y la Justicia o bien la creación judicial del Derecho a partir de normas y principios o valores. Por todo esto la obra está dedicada a exponer que, incluso tomando como referencia conceptos positivistas de Derecho, es inevitable la vinculación entre Derecho y Moral, y por lo tanto que están plenamente justificadas las definiciones no positivistas del Derecho, únicas explicaciones válidas para «casos insólitos».

Los casos insólitos a los que se refiere Alexy son los siguientes. El primero de ellos hace mención a una resolución del Tribunal Constitucional alemán de 1968 en la que se declaró que una disposición «jurídica» nacionalsocialista (parágrafo 2 de la 11. Ordenanza sobre la Ley de ciudadanía del Reich de 25 de noviembre de 1941) que privó de la ciudadanía alemana, por razones racistas, a los judíos emigrados, no era derecho válido, porque disposiciones como la citada «contradicen tan evidentemente principios fundamentales de la justicia que el juez que quisiera aplicarlas o aceptar sus consecuencias jurídicas dictaría no-derecho en vez de derecho».

El segundo caso está centrado en una resolución del mismo Tribunal del año 1973. En dicha resolución se trata de la permisibilidad de la creación judicial del derecho en contra del texto de una ley, es decir de la permisibilidad de una decisión *contra legem* porque, como dice el Tribunal, «la actividad judicial está sujeta a la “ley y el derecho”». Con esto, de acuerdo con la opinión general, se rechaza un positivismo legal estrecho. La fórmula mantiene en pie la conciencia de que la ley y el derecho coinciden, de hecho, en general, pero no siempre y necesariamente. El derecho no es idéntico a la totalidad de las leyes escritas. Frente a las disposiciones positivas del poder estatal puede, circunstancialmente, existir un plus en derecho, que posee su fuente en el orden jurídico constitucional en tanto un todo dotado de sentido y puede actuar como correctivo frente a la ley escrita; encontrarlos y realizarlos en las decisiones es la tarea de la actividad judicial». El caso originario de la sentencia hace referencia a la concesión por parte de la Corte Federal de Justicia alemana de una indemnización por daños a la princesa Soraya, divorciada del último sha del Irán, por la publicación por un semanario de una entrevista inventada sobre asuntos privados de la princesa. Esta indemnización contradecía al Código Civil alemán, una vez que en éste la indemnización por daños inmateriales está

permitida «sólo en los casos establecidos por la ley», lo cual no sucedía en el caso concreto.

El procedimiento utilizado por Alexy para señalar la fundamentación teórica de la vinculación consiste en: 1.º) exponer diferentes manifestaciones al respecto del positivismo jurídico, distinguiendo entre conceptos de Derecho primariamente orientados a la eficacia (Weber, Geiger, Holmes, Bierling y Luhmann) y conceptos de Derecho primariamente orientados a la instauración normativa (Austin, Kelsen y Hart), conceptos que coinciden en la tesis de la separación entre Derecho y Moral; 2.º) criticar por insuficientes las posiciones positivistas en cuanto que: a) hay conexiones conceptualmente necesarias entre Derecho y Moral, y b) hay razones normativas que hablan en favor de una inclusión de elementos morales en el concepto de Derecho que, en parte, refuerzan las conexiones conceptualmente necesarias y, en parte, van más allá de ellas, y 3.º) exponer un concepto no positivista de Derecho fundado en todo lo anterior.

La clave de la conexión o vinculación conceptual necesaria entre Derecho y Moral la establece Alexy desde el comienzo de la obra justamente al delimitar el contexto o el marco de la definición. Para ello utiliza los siguientes elementos. En primer lugar entiende que no se puede construir un concepto de Derecho sin atender a su validez, porque esto significa hacer uso de algo indispensable: incluir en el concepto el contexto institucional de la promulgación, aplicación e imposición del Derecho, o su legitimación. En segundo lugar considera como premisa imprescindible para una definición del Derecho la de atender a que los sistemas jurídicos son sistemas de normas y procedimientos. En tercer lugar reconoce que la definición ha de realizarse desde la perspectiva del participante, el juez sustancialmente, en lugar de la perspectiva del observador o del científico, perspectiva utilizada por las definiciones positivistas. En cuarto lugar que las definiciones no han de ser tanto clasificatorias cuanto que cualificadoras, posibilitando discurrir acerca del grado de justicia de las normas.

A partir de estas premisas Alexy hilvana los elementos de la definición del Derecho señalando: 1.º) desde la perspectiva de un hipotético juez, el participante, los límites de las definiciones positivistas que propugnan la separación entre Derecho y Moral, justamente por los argumentos complementarios de la inevitable pretensión de corrección de las normas aisladas, las decisiones judiciales y los sistemas jurídicos; pretensión que no queda satisfecha sin tomar como referencia la justicia o injusticia de los respectivos elementos (normas, decisiones y sistemas), y por lo mismo sin atender a la conexión necesaria entre principios y reglas que se da en la práctica jurídica, y 2.º) los conceptos de validez existentes: el sociológico, el ético y el jurídico, que han de ser tenidos en cuenta en la definición del Derecho.

Las primeras consideraciones las realiza Alexy tomando como referencia argumentos recogidos en propuestas alternativas de Radbruch y

Hoerster, estudiadas en la obra como posiciones prototípicas, representativas de conceptos no positivistas de Derecho, la de Radbruch, y positivistas, la de Hoerster. En la precisión de los conceptos de validez atiende especialmente a las definiciones de norma fundamental que realizan autores como Kelsen (norma fundamental analítica), Kant (norma fundamental normativa) y Hart (norma fundamental empírica).

Por todo lo cual, a manera de conclusión con la que se culmina lo dicho a lo largo de toda la obra, Alexy define el Derecho de la siguiente forma: «El derecho es un sistema de normas que (1) formula una pretensión de corrección, (2) consiste en la totalidad de las normas que pertenecen a una Constitución en general eficaz y no son extremadamente injustas, como así también en la totalidad de las normas promulgadas de acuerdo con esta Constitución y que poseen un mínimo de eficacia social o de probabilidad de eficacia y no son extremadamente injustas y al que (3) pertenecen los principios y los otros argumentos normativos en los que se apoya el procedimiento de la aplicación del derecho y/o tiene que apoyarse a fin de satisfacer la pretensión de corrección».

Sin lugar a dudas este concepto no positivista de Derecho tiene el mérito de explicar los casos insólitos que estaban en el origen de la obra de Alexy. Y por ello la virtualidad de explicar al Derecho en forma más convincente que las distintas definiciones positivistas al uso. Tiene el inconveniente de que están limitadas sus posibilidades de generalización o expansión. El problema está en que este concepto sigue siendo normativo y, además, es demasiado largo al querer satisfacer ante todo los requisitos de las teorías expuestas más que los requerimientos del participante, o, por lo mismo, tiene escaso interés para juristas que toman decisiones diariamente y que no tienen la posibilidad de situarse en la posición del observador o del científico. Nótese que de la aplicación tan sólo se habla al final de la definición. Salta a la vista la complejidad de ésta.

Por todo lo cual aquí, frente a esta posición de Alexy, proponemos tomar como estrategia más adecuada para definir el Derecho la de adoptar como perspectiva para la definición una de las que propone el mismo autor: su elaboración desde la atención al participante. Esto se concreta en tomar como punto de partida el estudio de casos habituales en lugar de casos insólitos, una vez que; como vamos a ver, no son sólo estos últimos los casos que son prueba de la relación entre Derecho y Moral sino que en verdad lo son todos los casos jurídicos.

En efecto. Parece evidente que no se precisa acudir a casos especiales para constatar la vinculación entre Derecho y Moral. El estudio de la resolución jurídica de cualquier caso desde la perspectiva del participante nos indica justamente que los casos surgen a partir de conflictos concretos, que tienen determinadas connotaciones reguladas no sólo por las normas aprobadas por quien tiene autoridad para dar leyes

sino también por otras reglas, a las que denominaremos genéricamente reglas morales. Se ha de tener en cuenta que todos los casos son resueltos atendiendo a los testimonios de los participantes, o lo que es lo mismo a sus convicciones y prejuicios, no regulados en las leyes. Ello está inserto en el mismo mecanismo establecido para el desarrollo de los procedimientos y la construcción de las sentencias que han de recoger los hechos y los fundamentos de Derecho que validan, legitiman o justifican la decisión.

En este sentido en estudios realizados en España en los últimos años, estudios que como último fin perseguían definir el Derecho, hemos tenido en cuenta, en varias ocasiones junto a los mismos profesionales que las desempeñaban, actividades jurídicas concretas ejecutadas no tan sólo por participantes como los miembros del Tribunal Constitucional o los jueces sino por otros participantes o agentes jurídicos (al respecto aparte de otros trabajos es significativo lo que se expresa en Fernando Galindo, *El acceso a textos jurídicos. Introducción práctica a la Filosofía del Derecho*, Mira Editores, Zaragoza, 1993, 184 páginas). En concreto hemos estudiado la aplicación del Derecho por jueces en casos conflictivos sobre contratos de obra; ello tanto en lo que respecta a decisiones adoptadas por Jueces Ordinarios como por Tribunales de revisión. También la elaboración de dogmas sobre la misma materia realizada por estudiosos del Derecho Civil. Hemos estudiado los requerimientos exigidos por abogados para la concertación de contratos de suministros por grandes empresas. Se han estudiado, igualmente, decisiones del Tribunal Constitucional en materia de competencias autonómicas. Recientemente ha sido tenida en cuenta la resolución de conflictos judiciales en materias en las que los perjudicados son miembros integrantes de minorías (gitanos e inmigrantes magrebíes). También se ha atendido a procesos de distribución de fondos públicos por autoridades administrativas competentes en lo relativo a fomento del empleo. Igualmente a la elaboración de procedimientos administrativos por funcionarios y autoridades administrativas, incoados a instancias de los particulares o por la misma Administración. En la actualidad se realiza un estudio comparativo entre resoluciones judiciales continentales y de *common law* en materia social; el estudio tiene el fin de llegar al acuerdo intercultural de expresar en qué forma es indispensable actuar jurídicamente contando con la relación entre Derecho y Moral en los dos sistemas jurídicos.

Estas experiencias permiten evidenciar de modo inmediato, en nuestra opinión en forma más categórica que la expresada por Alexy para con los casos insólitos en cuanto que los casos estudiados son habituales, la consideración de que siempre es preciso incluir elementos morales en el estudio y la actuación del Derecho, y por lo mismo que es indispensable contar con un concepto no positivista del Derecho. Concepto que, además, ha de servir como medio de enlace de los distintos participantes en las actividades jurídicas, especialmente los juristas.

Todas estas actividades tienen entidad propia, como demuestra el estudio más simple de la práctica jurídica, y son consideradas además como tales por los manuales al uso. Sin embargo, son tratadas en mayor o menor medida en virtud de la experiencia histórica del siglo XX, las exigencias sociales que se hacen a las actividades profesionales y las líneas de reflexión que se han producido en la Filosofía del Derecho fundamentalmente en los dos últimos siglos. Como consecuencia de todo ello en un momento histórico se ha puesto énfasis en un tipo de actividades, en otro momento en otros. Según ello, cualquier actividad jurídica se caracteriza por cumplir las notas técnicas puestas de relieve por la reflexión filosófico-jurídica más reciente: las actividades de los juristas son actividades generales, mínimamente precisas, sometidas a reglas y procedimientos.

Esta reflexión enlaza con la consideración que hacia las actividades jurídicas en general se ha tenido especialmente en los dos últimos siglos, desde el momento en el que se ha situado al jurista en el papel auxiliar de intérprete de las leyes, las cuales son creadas por los representantes parlamentarios. Pese a todo, hoy cualquier actividad jurídica ha de ser considerada, además, una actividad política, comunicativa o abierta a consenso o aceptación. Y ello porque en el Estado de Derecho todas las actividades desempeñadas por profesionales del Derecho, con independencia de cuáles sean sus características estructurales, están obligadas a su legitimación o, lo que es lo mismo, a ser susceptibles de obtener el consentimiento o la aceptación de la mayoría de los que intervienen en ellas, tal y como establecen las normas y principios fundamentales de los sistemas jurídicos —democráticos— actuales, en especial el principio de la autodeterminación. Lo que requiere fundamentación jurídica —textual— de que todas las actividades en todas las instancias: han de estar basadas en criterios generales pertinentes, reconocidos o aceptados por la mayoría. Esto supone que los criterios han de estar integrados en leyes, principios y usos sociales.

Este punto de partida ha hecho presente la siguiente diferencia con Alexy, que es consecuente con las características de los casos estudiados y con el contexto teórico que se ha tenido en cuenta, del que luego se hablará. La diferencia está referida al marco de la definición. Recordemos que para Alexy en la estipulación del concepto se ha de contar, por este orden, con: 1.º) la validez del Derecho; 2.º) que los sistemas jurídicos están integrados por normas y procedimientos; 3.º) la perspectiva del participante, sustancialmente el juez; y 4.º) el grado de justicia de las normas. En los trabajos citados se ha contado, en cambio, además del fundamental referido a la circunstancia de que se ha de atender en cualquier caso jurídico a la comunicación intersubjetiva o la participación en el mismo de la pluralidad de culturas propia de nuestra época, con los siguientes elementos: 1.º) que los sistemas jurídicos están integrados por actividades, y constituidos por procedimientos y normas; 2.º) la perspectiva del participante, sea cual sea el jurista que intervenga en los mismos; 3.º) el grado de justicia de las actividades; y 4.º) la validez del Derecho.

Estos elementos del marco conceptual y el orden mencionado dependen de la atención al estudio de las actividades jurídicas antes reseñado y además de la integración en los mismos de las siguientes propuestas. En primer lugar, fundamentalmente, de aquéllas que sobre actividades jurídicas han quedado recogidas por la reflexión jurídica desde finales del XVIII hasta nuestros días. En concreto los estudios realizados sobre las siguientes actividades típicas de juristas: interpretación del Derecho, aplicación del Derecho, construcción de dogmas, construcción de normas y acceso a textos jurídicos.

También depende de atender a las sistematizaciones sobre valores que se realizan habitualmente en la práctica jurídica. En concreto las formulaciones establecidas atendiendo a: 1.º) categorías filosóficas como igualdad —justicia—, libertad, seguridad jurídica y comunidad; 2.º) conceptos jurídicos fundamentales como la legitimación de la acción estatal —Derechos Humanos incluidos—, contrato, intercambio de bienes y servicios, propiedad, proceso imparcial y penas; y 3.º) preferencias políticas como las de eficiencia, imparcialidad y comunicación.

Desde una perspectiva teórica se ha atendido a la tradición cultural recogida por Alexy, especialmente las sugerentes propuestas de Hart, pero sobre todo a autores como Jhering, movimiento de Derecho libre, jurisprudencia de intereses, realismo americano, «*critical legal studies*», Viehweg y Perelman. Fundamentales son las propuestas que sobre el Derecho han hecho autores como Luhmann y Habermas.

Esto último no puede hacer olvidar que, frente a los casos insólitos de Alexy, en nuestro caso la referencia ha estado centrada en que los participantes en las decisiones: jueces y juristas en general, por el hecho de resolver conflictos mediante actividades concretas, son conscientes diariamente de la vinculación existente entre la Moral y el Derecho y por tanto de la insuficiencia del concepto positivista de Derecho.

Es por lo que frente a la posición de Alexy, a la vez que en conformidad parcial con ella en cuanto una y otra posición son no positivistas, se propugna definir al Derecho como actividad justa de juristas con relación a textos jurídicos. Esta definición se considera más adecuada porque permite dotar de argumentos a los participantes, entrar en conversación con ellos y dejar en segundo plano, aunque siempre estén presentes, argumentos de autores que lo que en verdad pretendían era fundamentar una teoría científica o pura del Derecho, o lo que es lo mismo una posición observadora sobre el Derecho. Aproximación que es evidente en la propuesta de Alexy.