

# La demarcación entre teoría y práctica jurídicas

Por JOAQUÍN RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ

Universidad de Santiago de Compostela

## 1. INTRODUCCIÓN

La tesis de la indiferenciación entre teoría y práctica en el ámbito jurídico es una de las más significativas, pero no de las más discutidas, de entre las defendidas por Ronald Dworkin al desarrollar sus puntos de vista críticos hacia el positivismo jurídico hartiano. H.L.A. Hart suscitó y sigue suscitando el acuerdo de numerosos filósofos del Derecho en torno a su aproximación al fenómeno jurídico, la cual por lo demás guarda similitudes con propuestas paralelas como la de Norberto Bobbio (1993). Se trata de un positivismo postkelseniano que por un lado insiste en la fundamentación de la validez jurídica en un sistema de fuentes objetivado, y en la separación conceptual entre Derecho y moral; pero que por otro lado reconoce que la noción de validez jurídica sólo cobra sentido en el contexto de una práctica social eficaz, y que puede llegar a depender de la validez moral. Esta hospitalaria versión del positivismo jurídico —«positivismo débil», admite el propio Hart (1994: 250)— no ha convencido sin embargo a Dworkin, quien ha venido elaborando una teoría del Derecho alternativa que combate el positivismo hartiano en varios frentes. Y lo ha hecho con notable éxito, pues su modo de acercarse al Derecho es hoy reconocido y estudiado como un poderoso rival del enfoque positivista.

Dworkin ha desarrollado una teoría jurídica ambiciosa, que pese a abarcar muy diversas cuestiones y contener numerosas tesis origina-

les, presenta sus postulados como facetas de un único punto de vista sobre el Derecho. Cada una de estas facetas viene a representar un frente de crítica al positivismo jurídico, y han provocado estudios particularizados que afrontan la teoría de Dworkin sectorialmente pero que no pueden dejar de considerarla también en su conjunto. Uno de estos frentes es la relación entre teoría y práctica jurídicas, asunto que me propongo tratar en este artículo. La tesis que al respecto mantiene Dworkin es provocadora, pues choca con convicciones ampliamente extendidas, pero no obstante plausible, pues cuenta con apoyos argumentales sólidos; y en consecuencia resulta sumamente atractiva. Sin embargo esta tesis no ha atraído una atención comparable a la de otras implicaciones de la teoría de Dworkin, aunque también haya quien la considera una parte crucial de dicha teoría y como tal la analiza (así Marmor 1992). Es más habitual estudiar a Dworkin a través de otros temas, por más que puedan encontrarse en estos estudios referencias al problema de la demarcación entre teoría y práctica<sup>1</sup>.

Para entrar en materia, lo primero que debo hacer es aclarar qué entenderé por «teoría» y por «práctica» a efectos de su demarcación en el ámbito jurídico. Esta aclaración me llevará a apartar del interés de estas páginas otros problemas; los cuales pese a todo tienen cierta conexión con él y pudieran merecer un breve comentario. En cualquier caso es importante notar que la distinción que pueda establecer ahora entre teoría y práctica es meramente tentativa y se justifica a efectos de la argumentación posterior, pues es precisamente la posibilidad de establecer esta distinción lo que Dworkin cuestiona y lo que será objeto de análisis.

Entenderé por *teoría jurídica* la reflexión sobre la naturaleza y los caracteres generales del Derecho; el estudio del fenómeno jurídico con pretensión de dar cuenta de su presencia social, de su estructura y funcionamiento, e incluso de cómo mejor comprenderlo. La teoría jurídica adopta una perspectiva filosófica: es crítica y no dogmática (está dispuesta a cuestionarlo todo), creativa y no predeterminada (su objeto de estudio no está preconstituido), y su interés es más cognoscitivo o especulativo que pragmático o técnico. Entenderé en cambio por *práctica jurídica* la determinación o identificación de lo que el Derecho dispone en un caso, sea abstracto o concreto; incluye tanto la investigación sobre el sentido específico de las prescripciones jurídicas (interpretación) como la atribución autorizada de dicho sentido para un caso concreto (aplicación). La práctica jurídica adopta una perspectiva técnica: opera con un instrumental limitado que aplica a

---

<sup>1</sup> Me parece significativo el caso de tres libros recientes —y recomendables— publicados por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales que se ocupan de la teoría de Dworkin a través de tres asuntos más debatidos: la relevancia de los principios jurídicos en la labor jurisdiccional (García Figueroa, 1998); el papel de la coherencia como fundamento de la verdad jurídica y de la imposibilidad de discreción judicial fuerte (Iglesias Vila, 1999); y el significado de la interpretación en el ámbito jurídico (Lifante Vidal, 1999).

un objeto predibujado con la finalidad de solucionar problemas. En pocas palabras, la teoría se ocupa del concepto del Derecho y la práctica de su contenido.

Según lo dicho, no consideraré «práctica jurídica» únicamente la aplicación de normas, sino también su identificación previa. Práctica jurídica es aquí, entonces, tanto la actividad de los jueces y demás órganos de aplicación del Derecho –la «adjudicación», como se la llama a veces– como la actividad de los juristas y los científicos del Derecho. Sin duda la aplicación es siempre *práctica*, mientras que la identificación puede ser puramente *teórica*; pero en un sentido diferente al propio de la «teoría jurídica» a la que aquí me refiero. La Ciencia del Derecho puede ser teórica, pero se distingue de la Teoría del Derecho –o eso podemos alegar a efectos de la presente discusión– en su objeto, su método y su propósito. La actividad teórica propia de la llamada «Ciencia del Derecho» –la Dogmática jurídica, en realidad más una técnica que una ciencia– se aplica a un ordenamiento jurídico vigente (o a un área o aspecto de él, o a su comparación con otros); sigue unas pautas precisas y establecidas que se tienen por más rigurosas que ninguna otras (básicamente la formulación y contrastación de hipótesis); y tiene como fin mostrar el contenido de dicho ordenamiento a efectos de sus posterior alegación, aplicación o reforma. Así pues, la actividad dogmática teórica tiene un claro sentido práctico: no sólo por su finalidad práctica de ayuda a juristas, funcionarios y legisladores; sino también porque su actividad resulta en la *puesta en práctica* del Derecho. Podría decirse, jugando con las palabras, que realiza una puesta en práctica teórica del Derecho, mientras que los jueces y otros funcionarios lo ponen en práctica en la práctica. Frente a este tipo de teoría, la Teoría del Derecho se interesa por el Derecho en un sentido muy general (algunos la ven como Ontología jurídica); opera por medio de la reflexión filosófica (menos rígida y estable que el método científico, aunque no por ello menos racional); y tiene como fin entender mejor el Derecho. Este fin tiene sin duda utilidad práctica, pero es en sí teórico o especulativo. Por otro lado la Teoría del Derecho como tal no «pone en práctica» el Derecho, sino que da cuenta de él en abstracto.

Quizá llame la atención que agrupe la Ciencia del Derecho y la adjudicación jurisdiccional en una misma categoría: «práctica jurídica». Por supuesto entre ambas actividades existen importantes diferencias, y principalmente sus efectos: mientras que la aplicación modifica situaciones jurídicas, la interpretación científica no puede hacerlo. Sin embargo también comparten rasgos, y uno de ellos las sitúa en contraste común con la teoría jurídica: ambas ponen en práctica el Derecho, ambas persiguen determinar lo que el Derecho exige en los casos particulares donde resulta aplicable. El hecho de que la determinación judicial pueda verse influida por sus repercusiones no desdice su afinidad con la determinación doctrinal. En la discusión que aquí nos interesa, este rasgo compartido debe pesar más que las

diferencias. Una sentencia judicial prescribe conductas y un dictamen doctrinal no, pero tanto la una como el otro pretenden determinar el contenido del Derecho. Aunque en el caso de la sentencia esta determinación pueda ser constitutiva –pues el Derecho pasa a ser lo que la sentencia firme prescribe–, su punto de partida es el mismo que el del dictamen doctrinal, y sus juicios deben fundamentarse de idéntico modo<sup>2</sup>.

Mi propuesta sobre cómo entender «teoría» y «práctica» en la tesis de Dworkin que las vincula tiene apoyo en su obra y es la que creo más interesante. Pero también tiene apoyo otro modo diferente de entender los términos que sin embargo pasaré por alto. Me refiero a la que considera «teoría» todo enfoque desapegado sobre el Derecho y «práctica» todo enfoque comprometido<sup>3</sup>. Dworkin vendría a decir que sólo puede exponer qué exige el Derecho quien está comprometido con él. Esta idea es también discutida como tesis de la unidad de teoría y práctica (Marmor 1992: 50, Iglesias Vila 1999: 233, n.80); pero es distinta de la que aquí analizaré como tal, según la cual sólo es posible teorizar sobre el *concepto* de Derecho desde un conocimiento práctico. Ambas tesis son distintas aunque puedan tener un mismo fundamento en las ideas de Dworkin sobre la interpretación y la actitud que conlleva. Tal vez haya que ver en Dworkin una doble equiparación: por una parte entre Dogmática jurídica y Teoría del

<sup>2</sup> Una proposición jurídica del tipo «El Derecho determina que A.S.A. indemnice a B.S.A. por el daño causado» la puede formular tanto un jurista dogmático como un juez en su respectiva actividad práctica. En ambos casos las condiciones de verdad de la proposición son las mismas: que el Derecho efectivamente así lo determine o que pueda justificarse que lo hace (según la teoría que adoptemos). Cuando es el juez quien formula esa proposición y plasma en una sentencia la norma que expresa, se constituye un nuevo fundamento para dicha proposición cuando se formule de nuevo. Pero el juez y el dogmático siguen estando en las mismas condiciones. Una vez más, tanto un jurista dogmático como un juez –por ejemplo otro juez al que se le insta la ejecución de la sentencia anterior– pueden afirmar que «El Derecho determina que A.S.A. indemnice a B.S.A. por el daño causado». La novedad es que ahora el fundamento no es ya el Derecho en general, sino el Derecho particular nacido de la sentencia. De esta manera, el componente prescriptivo que acompaña a la sentencia y la distingue del dictamen, con ser obviamente importante, no añade al fundamento de las proposiciones jurídicas nada que permita diferenciar las que formula el juez de las que formula el jurista dogmático. Por eso, contra lo que opina Lifante (1999: 328), no me parece reprochable que Dworkin, al estudiar los desacuerdos en torno a proposiciones particulares como el ejemplo anterior, no se preocupe en precisar si éstas son previas o posteriores a la solución judicial del caso. La existencia de desacuerdos puede ser más razonable en un supuesto que en otro, pero en ambos responde a la misma causa, admite la misma explicación y puede relacionarse del mismo con la Teoría del Derecho.

<sup>3</sup> Sobre la distinción entre enunciados normativos comprometidos (*committed*) y desapegados (*detached*) véase Raz 1979: 153 y 1991:200-207, y Hart 1983: 154-155. Un ejemplo de enunciado desapegado es, por seguir a Raz, el que cabe hacer a un amigo vegetariano advirtiéndole «No debes comer este plato; contiene carne», sin que quien lo enuncia sea vegetariano o siquiera apruebe el vegetarianismo. O el que hacen los abogados que asesoran a sus clientes sobre el punto de vista jurídico sin sugerir por ello que deba respetarse.

Derecho, y por otra parte entre teoría y práctica (Lifante 1999: 305 ss.). En cualquier caso, me parece que el desafío más interesante al positivismo jurídico que plantea Dworkin cuando vincula teoría y práctica no se refiere a cómo concebir la actividad desapegada de abogados o estudiosos del Derecho al describir el punto de vista jurídico, sino la de los teóricos de enfoque filosófico. La actitud desapegada que puedan adoptar los abogados o los dogmáticos no es externa a la práctica jurídica, sino que exige participar en ella, aun sin creerse obligado a hacerlo. Su enfoque no puede representar a una teoría escindida de la práctica: en su actividad hay un componente práctico en el que cabe reconocer juicios de valor interpretativos. No niego el interés de discutir si estos juicios de valor tienen qué expresar necesariamente un compromiso con el Derecho. Pero esta discusión no supone un desafío al positivismo jurídico sino que tiene cabida en su seno (¿es posible una ciencia jurídica descriptiva?). Además, su solución vendrá dada en parte por lo que consideremos «compromiso» (¿se compromete uno con el Derecho cuando toma sus normas como pautas de conducta que tienen un sentido y responden a unos valores, o sólo cuando uno comparte esos valores?). Más interés tiene a mi juicio discutir si es posible una teoría filosófica sobre el Derecho sin actitud interpretativa (¿es posible una teoría jurídica descriptiva?); pues para este tipo de teoría el positivismo jurídico no exige ningún tipo de compromiso interno con el Derecho, de modo que reclamarlo sí ha de suponerle un desafío<sup>4</sup>.

Como se deduce de lo expuesto, el problema de la demarcación entre teoría y práctica al que se refiere este trabajo no es otro modo de plantear la conocida discusión sobre si la ciencia jurídica es descriptiva o prescriptiva. La demarcación entre teoría y práctica puede también enfocarse desde la posible distinción entre una teoría descriptiva y una práctica normativa, como veremos, pero en un sentido diferente al de quienes proponen entender la ciencia jurídica como disciplina descriptiva. En el caso de la discusión sobre la ciencia jurídica ésta es entendida siempre como concernida por el contenido del Derecho, pero se discute si su enfoque debe ser descriptivo (su tarea consiste en dar cuenta de cuál es el Derecho, sin modificarlo) o si por

---

<sup>4</sup> Una observación similar puede hacerse sobre la comparación que propone Dworkin entre interpretación jurídica e interpretación literaria, entre ciencia jurídica y crítica literaria (Dworkin 1982: 540 ss.; 1986: 228 ss.). Podría tener interés discutir el paralelismo que Dworkin establece entre estas actividades, basado en que ambas son interpretativas y adoptan un punto de vista interno al objeto interpretado (el Derecho y la literatura, respectivamente). Pero lo creo poco polémico. Más interesante me parece discutir si también la teoría jurídica es interpretativa comprobando su paralelismo con la teoría literaria. La dificultad es que la teoría literaria parece más una interpretación de la crítica literaria que de la literatura misma (Marmor 1992: 44). Entonces si es posible una teoría literaria que no entra en el contenido de la literatura sino que se limita a describir su naturaleza y caracteres, podría ser posible una teoría jurídica que no entre en el contenido del Derecho sino que se limite a describir su naturaleza y caracteres.

el contrario no puede o debe evitar ser prescriptivo o normativo (su tarea es inevitablemente valorativa, lo cual implica que cuando pretende dar cuenta de cuál es el Derecho en realidad le está dando forma). El contraste se establece entre ciencia jurídica por un lado, y creación y aplicación del Derecho por otro<sup>5</sup>. En el caso de la demarcación entre teoría y práctica, en cambio, la pregunta sobre si cabe interpretar el Derecho sin que lo afecten los valores del intérprete se pone en relación con la pregunta de si cabe interpretar el Derecho sin que lo afecte la teoría jurídica del intérprete. Aquí el contraste se establece entre la determinación (práctica) de cuál sea el Derecho y la indagación (teórica) sobre qué sea el Derecho. Normalmente se asume que la determinación del contenido del Derecho es una tarea con cierto contenido normativo, pues en efecto el intérprete no puede deshacerse de sus valores para evitar que moldeen su juicio sobre qué dice el Derecho. Juristas y jueces no pueden identificar mecánicamente las soluciones jurídicas de los casos concretos. Pero aun después de asumir esto permanece la cuestión de si aquel juicio y ésta identificación son o no independientes de una Teoría del Derecho.

Todos estos diversos asuntos que estoy deslindando tienen interés para aclarar las relaciones entre filosofía y ciencia en el campo jurídico. Todos ellos muestran con claridad que la interdependencia de la filosofía con las disciplinas técnicas y científicas es algo real y relevante. El problema epistemológico que trasluce en ellos es el de precisar el estatuto de la jurisprudencia –en el sentido de teoría sobre Derecho, en principio filosófica pero acaso también científica o técnica– como fuente del Derecho. El planteamiento y la resolución de este asunto es indudablemente del interés y de la competencia de la filosofía jurídica. Es un problema meta-teórico, porque es *acerca* de la filosofía del Derecho y su relación con la ciencia jurídica, aunque no deja de estar al mismo tiempo *dentro* de la filosofía del Derecho. Pero la solución del problema es asimismo importante para la ciencia

---

<sup>5</sup> Entre las contribuciones clásicas a esta discusión figuran las de Hans Kelsen y Alf Ross. Kelsen (1991: 355) asigna a la ciencia jurídica la «pura determinación cognoscitiva del sentido de las normas jurídicas», lo que a su juicio la diferencia de actos de voluntad como la legislación y la aplicación. Esta asignación la realiza en lo que parece un plano prescriptivo: como resume Bobbio (1990: 205), Kelsen «*prescribe describir*». En cambio Ross (1994: 135) sostiene que en la interpretación jurídica del tipo que Kelsen considera –Ross la analiza en los jueces, pero pienso que podría hacerlo igualmente en la ciencia jurídica tradicional– «la distinción entre la función cognoscitiva y la valorativa es artificial, en la medida en que ambas se fusionan en la práctica». Esa observación pertenece a una descripción de la ciencia jurídica, enfoque que Ross a veces recomienda (1994: 107) –yendo más lejos que Bobbio habría que decir en tales casos Ross *prescribe describir que se prescribe*–. Pero en último término Ross no se conforma con esa descripción de una ciencia jurídica defectuosa y aboga por una ciencia jurídica empírica que, a diferencia de la tradicional, se asimile a la sociología del Derecho y pueda realizar descripciones sobre el contenido del Derecho sin contaminación valorativa o normativa (1994: 20).

jurídica en su función básica de identificar e interpretar el Derecho concreto. De este problema epistemológico complejo trataré aquí la cuestión de si la Teoría del Derecho, como rama de la filosofía jurídica, contribuye a formar el Derecho. En cambio, como dije, no me interesaré por deslindar los componentes descriptivos y prescriptivos presentes en la dogmática jurídica, para a partir de ahí indagar de qué manera la actividad prescriptiva, oculta o no, afecta a la configuración del Derecho (sobre este punto en relación con las tesis de Dworkin puede verse Pérez Luño 1993: 146)<sup>6</sup>.

## 2. LA PRÁCTICA JURÍDICA EN EL CONTEXTO DE UNA TEORÍA INTERPRETATIVA DEL DERECHO

El problema de la demarcación entre teoría y práctica jurídicas enfrenta dos puntos de vista diferentes sobre la Teoría del Derecho, entendida como filosofía jurídica o jurisprudencia filosófica. Para unos contribuye a conformar el contenido del Derecho y a su vez toma su forma de la interpretación de dicho contenido. Para otros se limita a analizar el Derecho sin incidir en su contenido y sin verse condicionada por la interpretación de dicho contenido. Este debate se manifiesta en toda su extensión en la crítica que Ronald Dworkin dirige al positivismo jurídico hartiano por pretender limitarse a ser una suerte de análisis descriptivo del Derecho, un análisis de tipo lingüístico, estructural o sociológico. Veamos ya esta crítica y sus argumentos.

H.L.A. Hart se propuso construir una teoría jurídica general (aplicable a diversos lugares, culturas y épocas) y descriptiva (moralmente neutra). Como es sabido, en el Prefacio original de su libro *El concepto de Derecho* presentó éste como un ensayo de teoría jurídica analítica que también podía ser considerado «un ensayo de sociología descriptiva» (Hart 1980: xi; 1994: 239). Pues bien, Dworkin cuestiona esta pretensión de Hart, en un doble sentido. En primer lugar, niega que una teoría jurídica pueda ser puramente descriptiva sin caer en la irrelevancia. En segundo lugar, pone en duda que Hart realmente haya pretendido lo que afirma, dado que su teoría puede interpretarse de modo que tenga relevancia. Esto no significa que

---

<sup>6</sup> La repercusión de la filosofía sobre la ciencia jurídica puede apreciarse en la propia investigación que dejo de lado. En efecto, se trataría de reconocer hasta qué punto las posiciones jurídicas que son efectivamente reconocidas por los jueces y otros aplicadores del Derecho vienen determinadas, o deberían venir determinadas, no ya por las fuentes del Derecho, sino por lo que la dogmática propone *normativamente* al interpretarlas. Pues bien, este aspecto del problema, que entronca con reflexiones de la Escuela histórica del Derecho, sólo admite un enfoque y una solución filosófica, pero sin embargo tiene relevancia jurídica y por tanto científica y técnica.

Dworkin niegue la posibilidad de un estudio externo sociológico o histórico del Derecho. Por el contrario lo admite, pero como estudio dependiente del estudio interno. Según él es este estudio interno el propio de la teoría jurídica –o «jurisprudencia», como prefiere llamarla–, la cual es fundamentalmente valorativa pues debe ofrecer una interpretación sobre cuál es el mejor modo de entender el Derecho; esto es, sobre cuál es la mejor concepción del Derecho (Dworkin 1986: 13, 94 ss., *pássim*). Dworkin también reconoce que hay un tipo de jurisprudencia que se limita a describir el uso de los conceptos jurídicos, incluido el propio concepto de *Derecho*, pero considera que este tipo de teorías jurídicas «semánticas» –así las denominaríamos– carecen de utilidad, puesto que el Derecho es un concepto necesitado de interpretación, y toda teoría jurídica que se precie debe comprometerse con una interpretación del mismo (Dworkin 1986: 50, 64, 101, *pássim*)<sup>7</sup>.

La teoría jurídica de Dworkin es radicalmente diferente a la de Hart, según observa éste: es «en parte valorativa y justificatoria y “se dirige a una cultura particular”» (Hart 1994: 240, citando de Dworkin 1986: 102). La teoría de Dworkin, como resume Hart (1994: 241), es *interpretativa* «ya que consiste en la identificación de los principios que mejor se “ajustan” (*fit*) o concuerdan con el Derecho reconocido pacíficamente (*settled law*) y las prácticas jurídicas de un sistema jurídico, y que también proporcionan la mejor justificación del mismo...». En efecto, Dworkin insiste en la importancia de contemplar el Derecho, en tanto que práctica social, desde el punto de vista de quien entiende el sentido de dicha práctica. Con esta perspectiva –que él defiende tanto para el teórico como el jurista práctico–, para identificar el Derecho no basta con observar las pautas normativas que siguen los ciudadanos, o con atender ciertos hechos significativos asumidos generalmente como fuentes del Derecho. Es necesario además interpretar tales pautas y tales hechos en relación con su finalidad, esto es,

---

<sup>7</sup> Un párrafo significativo (el más relevante, según Marmor 1992: 44) es el siguiente, relativo al análisis de prácticas sociales como la cortesía: «De modo que cada uno de los participantes en una práctica social debe distinguir entre tratar de decidir lo que los otros miembros de la comunidad creen que la práctica exige y tratar de decidir, por sí mismo, lo que realmente exige. Como son cuestiones diferentes, los métodos interpretativos que usa para responder la segunda cuestión no pueden ser los métodos de la interpretación conversacional, dirigida a los individuos uno por uno, que usaría para responder la primera. Un científico social que ofrece interpretar la práctica debe hacer la misma distinción. Puede, si lo desea, proponerse únicamente informar sobre las diversas opiniones que tienen los distintos individuos en la comunidad sobre lo que la práctica demanda. Pero eso no constituiría una interpretación de la práctica misma; si se propusiera este otro proyecto debe abandonar el individualismo metodológico y usar los métodos que sus sujetos usan al formar sus propias opiniones sobre lo que la cortesía realmente exige. Es decir, debe *unirse* a la práctica que se propone comprender; sus conclusiones no son entonces informes neutrales sobre lo que creen los ciudadanos de (la comunidad de) cortesía, sino afirmaciones sobre la cortesía *que compiten* con las de ellos (Dworkin 1986: 64).

en el contexto de la idea o ideas –los principios– que las justifican, de modo que dichas pautas y hechos cobren realmente sentido. No podemos saber qué o cuál es el Derecho sin entender su propósito y sin interpretarlo de modo que dicho propósito no sea traicionado<sup>8</sup>.

Partiendo de que este modo «interpretativo» de acercarse al Derecho es el único fructífero para el jurista, Dworkin considera que sólo merecen atención las teorías o concepciones sobre el Derecho que reconocen el sentido que dan a esta práctica social sus participantes (el concepto de dicha práctica) y que se comprometen con él. Así, por ejemplo, considera que la teoría de Hart tiene interés sólo si se entiende como una concepción sobre el modo de justificar la coacción estatal que insiste en la importancia de las convenciones sociales; pero no en cambio si se entiende como un estudio sobre el uso de la palabra «Derecho» que no toma partido sobre el valor del Derecho mismo. Por tanto Dworkin pretendía hacer un favor a Hart al suponer que el enfoque teórico de éste puede ser contemplado desde la perspectiva «interpretativa» que él considera imprescindible. Hart sin embargo se rebeló contra esta pretensión, insistiendo en la posibilidad y la relevancia de una teoría jurídica descriptiva. Para Hart un teórico del Derecho puede tener en cuenta perfectamente la perspectiva interna del Derecho, y describir correctamente la aceptación que los participantes hacen del Derecho, sin él mismo compartir dicha aceptación. Por eso le reprocha a Dworkin que al ver la teoría jurídica como una tarea comprometida con el punto de vista interno del Derecho, está cerrándole el paso a la posibilidad de una observación externa de dicho punto de vista interno. Como él resume, «la descripción puede seguir siendo descripción, incluso cuando lo que se describe es una valoración» (Hart 1994: 243, 244).

Así las cosas, queda planteado el problema de si es posible o no una teoría jurídica descriptiva; o, dicho de otro modo, si toda interpretación filosófica del Derecho contribuye inevitablemente a dar forma al propio Derecho. Con gran agudeza, Dworkin viene a sugerir que cualquier teoría filosófica que pretenda describir cómo se identifica el Derecho, o cómo se discrimina entre normas jurídicas y no jurídicas, está tomando partido sobre cuál es el Derecho y es, por tanto, una doctrina jurídica valorativa más, plenamente comprometida con el

---

<sup>8</sup> La idea de «propósito» como elemento crucial en una teoría jurídica remite a Lon Fuller, a quien Dworkin sin duda tiene en cuenta aunque en su *Law's Empire* no lo cite. En palabras de Fuller (1969: 106): «el Derecho es la empresa de someter la conducta humana al gobierno de reglas. A diferencia de la mayoría de las teorías jurídicas modernas, este enfoque trata el Derecho como una actividad y considera un sistema jurídico como el producto de un esfuerzo sostenido y con un propósito». En palabras de Dworkin (1986: 58): «Quiero decir que una interpretación es por naturaleza dar cuenta de un propósito; propone un modo de ver lo que es interpretado –una tradición o práctica social tanto como un texto o una pintura– como si fuera el producto de una decisión de perseguir un conjunto de temas o visiones o propósitos, un “sentido” (*point*) en lugar de otro».

aspecto interno del Derecho. No hay posibilidad de distanciarse de las doctrinas jurídicas y adoptar la posición de un observador externo. Respecto de ciertos ámbitos como el Derecho (o la ciencia o el arte), el filósofo –cree Dworkin– no puede situarse en un punto externo o imparcial desde donde contemplarlos sin participar normativamente en ellos. Por eso piensa Dworkin que describir el Derecho es practicar el Derecho. En cuanto el supuesto observador se refiere al «Derecho» (como hacen normalmente los filósofos o teóricos del Derecho), y no meramente a una serie de situaciones y acontecimientos (como haría un sociólogo o un historiador), está incurriendo en interpretaciones propias de la ciencia jurídica, porque está haciendo un juicio sobre el contenido del Derecho. Estas interpretaciones son valorativas, y no descriptivas, en el sentido de que suponen una toma de postura respecto de cuál es la mejor manera de entender las prácticas jurídicas del Estado de que se trate.

Como puede verse, la sugerencia de Dworkin supone un desafío para la teoría jurídica positivista, teoría que se funda sobre la posibilidad de comprender y explicar el Derecho a partir de sus fuentes sociales y sin recurrir necesariamente a juicios de valor<sup>9</sup>. Para el positivista, una Teoría del Derecho puede cumplir su tarea de clarificar qué es el Derecho haciendo abstracción tanto de la cuestión moral –¿tiene justificación?, ¿merece obediencia?– como de la cuestión práctica –¿qué dice?, ¿tengo razón al creer que eso es lo que dice? Esto no impide que pueda llegar a constatar que en alguna comunidad el Derecho consiste en la puesta en práctica de valores (así en los sistemas de ética legalizada) o en decisiones particulares (así en los regímenes casuísticos, donde los jueces resuelven *ad hoc* en lugar de aplicar normas preexistentes).

Entiendo que en realidad el desafío que presenta Dworkin a la teoría jurídica positivista en el tema que trato tiene dos vertientes. Por un lado pone en duda la posibilidad de una Teoría del Derecho independiente de la práctica jurídica. Por otro lado pone en duda la posibilidad de una práctica jurídica independiente de la Teoría del Derecho. Aunque el tratamiento de Dworkin no favorece esta escisión de problemas –que son obviamente dos caras de la misma moneda puesto que uno conlleva el otro–, no obstante me parece que pueden ser tratados por separado y tienen un cierto interés independiente uno del otro.

---

<sup>9</sup> En palabras de Bobbio (1993): «El positivismo jurídico consiste, pues, en el estudio del Derecho como *hecho* y no como *valor*: hay que eliminar de la definición del Derecho todo elemento basado en juicios de valor, que conlleve la distinción entre Derecho bueno y malo, justo e injusto» (p. 147). «Si queremos precisar otra característica de las definiciones positivistas, observaremos que éstas establecen lo que el Derecho es prescindiendo de su contenido, es decir, de las materias por él reguladas» (p. 154).

### 3. POSIBILIDAD DE UNA TEORÍA DEL DERECHO INDEPENDIENTE DE LA PRÁCTICA JURÍDICA

A primera vista una teoría que se limite a describir lo que creen y hacen los participantes en la vida jurídica hace compatible la indagación sobre qué es el Derecho con la despreocupación por cuál es el Derecho. Por ejemplo un sociólogo o un antropólogo pueden constatar los actos que por lo general una comunidad considera jurídicos, y ofrecer un concepto de Derecho para esa comunidad, sin ellos ser juristas o tener noción alguna sobre qué actos deberían ser considerados jurídicos en dicha comunidad. Su intervención sería similar a la de un visitante de un club de *bridge* que sin saber jugar al *bridge* llegue a hacerse una idea de qué es basada en sus observaciones y lo describa. La teoría sobre el *bridge* de este visitante será claramente independiente de la práctica, pues en su caso la práctica de dicho juego es imposible.

Ahora bien, es dudoso que una indagación de ese tipo sea verdaderamente una teoría sobre el *bridge* o una Teoría del Derecho. El problema no es necesariamente que el visitante del club de *bridge* o el antropólogo pasen por alto el sentido normativo de las actividades que estudian. Como es sabido, en ciertas prácticas sociales los participantes se comportan como lo hacen porque guían su conducta por normas, y este fenómeno es tan significativo y característico de la práctica que ésta no es correctamente descrita si dicho «aspecto interno» no es debidamente tenido en cuenta (Hart 1980: 110, pássim). Pero esto no tiene por qué ser un problema para el antropólogo o el visitante del club de *bridge*, los cuales podrían adquirir consciencia de que los miembros de la comunidad jurídica y los jugadores de *bridge* actúan siguiendo normas. Aunque estos observadores no saben cuáles son esas normas, pueden notar que existen y cuándo actúan, y tenerlo presente en sus descripciones. Es posible describir una práctica normativa desde un punto de vista externo que sin embargo de cuenta del punto de vista interno (Hart 1980: 111). Basta con tener suficiente información contextual (Marmor 1992: 49). El problema es más bien que pudiera ser imposible describir una práctica normativa sin participar activamente en ella de algún modo, sin tomar partido por su contenido, sin *practicarla*. La perspectiva de Dworkin difiere de la de Hart en que según el primero no es posible comprender una práctica social como el Derecho desde un punto de vista externo (García Figueroa 1998: 244).

Las dudas sobre la posibilidad de una descripción del Derecho o del *bridge* realizada desde un punto de vista externo las suscita ya, a mi parecer, la propia implausibilidad de que alguien pueda teorizar sobre ellos sin conocer sus reglas. Que el teórico de una actividad o práctica social sea consciente de que ésta se guía por reglas no parece bastante para confiar en su descripción de dicha actividad. Para tomar

en serio su descripción debemos suponer que conoce la actividad desde dentro. Es decir, le pedimos que fundamente su descripción en un punto de vista interno a la actividad, en el conocimiento de un participante. Este punto de vista interno no tiene por qué suponer un compromiso con las normas de esa actividad, en el sentido de considerarse obligado por ellas. Basta con que conozca las reglas y sepa aplicarlas, aunque sea con actitud desapegada. Así, por ejemplo, para confiar en una teoría sobre el *bridge* exigimos —o eso creo— que el teórico sepa jugar al *bridge*, aunque deteste el juego o no juegue nunca. No nos basta con que haya visto jugar a otros. Pero entonces lo que pedimos es que el teórico tenga conocimientos prácticos; estamos vinculando la teoría a la práctica. Esto no prejuzga sobre el tipo de práctica. Recuérdese que por *práctica* no sólo me refiero a la aplicación (por ejemplo, jugar al *bridge*), sino también a la interpretación (por ejemplo reconocer jugadas válidas del *bridge*). Lo que parece importar no es cómo el teórico practique el objeto que describe, sino que tenga el conocimiento interno que sólo se adquiere practicándolo.

Sin embargo lo que debe mostrarse no es que algún conocimiento práctico del Derecho sea prerrequisito para teorizar sobre él, sino que la propia Teoría incurra en la práctica. En términos más concretos, la cuestión polémica es si una teoría del Derecho como la de Hart es descriptiva, como él sostiene, o también interpretativa y por tanto valorativa. En mi opinión, tiene ambas vertientes, como en definitiva sostiene Dworkin. En principio la teoría jurídica de Hart es descriptiva porque consiste en exponer las condiciones que dan origen y forma a los sistemas jurídicos. En particular, expone que los sistemas jurídicos surgen cuando en el seno de un grupo social una serie de factores determinados son aceptados como criterios para identificar las normas que deben guiar la conducta, en especial por parte de quienes deben aplicarlas (esto es, cuando los funcionarios aceptan una *regla de reconocimiento*). Ahora bien, al hacer esta descripción, Hart no está refiriéndose al «verdadero» Derecho, a la «esencia» del Derecho o de los sistemas jurídicos; pues no cree que exista tal cosa, sino a lo sumo percepciones sobre lo que es esencial en el Derecho. Tampoco está solamente describiendo lo que normalmente se entiende por «Derecho» o «sistema jurídico», pues Hart es explícito al negar que su trabajo verse sobre el significado de la palabra «Derecho» (así en 1994: 247). Lo cierto es que Hart se refiere a lo que él —y presumiblemente sus lectores— considera Derecho (o sistema jurídico), y por tanto está haciendo una interpretación del contenido del Derecho. Y tiene razón Dworkin al advertir que en cualquier concepción teórica sobre el Derecho, en cualquier interpretación del concepto de Derecho, está implicada una opción valorativa muy similar o idéntica a la que realizan los juristas prácticos cuando asocian al Derecho un contenido y no otro.

Una aplicación clave del problema que estoy discutiendo es la que cabe hacer a la idea hartiana de la regla de reconocimiento. No sé

hasta qué punto será útil ilustrar una cuestión difícil con una noción tan debatida como la de regla de reconocimiento, pero me parece adecuada para formarse un juicio sobre las respectivas posiciones de Hart y Dworkin en cuanto a la naturaleza de la teoría jurídica y la filosofía del Derecho. La noción de regla de reconocimiento es una creación teórica de Hart para describir un fenómeno complejo como es la existencia de los sistemas jurídicos y la validez de sus normas. La *regla de reconocimiento* es la pauta que especifica «alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce» (Hart, 1980: 117). Se trata de un conjunto de criterios de identificación de normas jurídicas que de hecho aceptan los funcionarios del sistema jurídico «como pautas o modelos públicos y comunes de conducta oficial» (Hart, 1980: 145). Según Hart, que una determinada regla o norma es jurídicamente válida significa que satisface efectivamente los requisitos exigidos por esa pauta. Esta explicación no es tanto una descripción de lo que los funcionarios creen como de lo que los funcionarios hacen. Descripción que a mi juicio es aceptable pese a que de hecho no todos los funcionarios están de acuerdo sobre cuáles son las normas jurídicas válidas. El desacuerdo fáctico sobre el contenido del Derecho es un inconveniente para hablar de una regla de reconocimiento aceptada, pero no una refutación: es posible que haya acuerdo respecto a cuáles son los criterios de la validez jurídica pero desacuerdo a la hora de aplicarlos.

Ahora bien, quien describe un sistema jurídico exponiendo que sus funcionarios aceptan una serie de criterios como regla para discriminar las normas jurídicas de las demás, no puede explicar las discrepancias fácticas entre los funcionarios sobre cuáles son las normas jurídicas alegando que algunos de ellos yerran en cuanto a qué es el Derecho o cuál es la regla de reconocimiento de su sistema. Porque afirmar eso implica sostener que hay una versión mejor que otras de la regla de reconocimiento, y en ese caso la teoría dejaría de ser descriptiva de lo que los funcionarios hacen. Hart cae de lleno en esta dificultad cuando, por ejemplo, dice que «en algunos sistemas, como en Estados Unidos, los criterios últimos de validez jurídica incorporan explícitamente principios de justicia o valores morales sustantivos» (Hart, 1980: 252). Al afirmar unos criterios concretos como contenido de la regla de reconocimiento en Estados Unidos, Hart rebasa claramente la descripción de lo que hacen los funcionarios estadounidenses cuando identifican el Derecho y realiza una interpretación de cuál es el Derecho en Estados Unidos; rebasa la teoría para adentrarse en la práctica.

Para permanecer en el plano de la descripción, el teórico que afirma la existencia de una regla de reconocimiento comúnmente aceptada por los funcionarios debe explicar las discrepancias fácticas entre éstos sobre cuál es el Derecho sin implicar que algunos de ellos están equi-

vocados sobre cuál es la regla de reconocimiento. Una explicación viable podría ser que los funcionarios comparten los criterios de identificación de normas pero discrepan respecto a cómo aplicarlos. Esta sencilla explicación es a mi juicio básicamente correcta, pero implica un punto de vista interno respecto a la regla de reconocimiento. Una descripción puramente externa de un sistema jurídico no permitiría distinguir si los funcionarios discrepan sobre los criterios de reconocimiento o sobre la aplicación de dichos criterios. Sólo desde dentro del sistema, sólo desde la práctica del Derecho, puede deectarse que los desacuerdos no se refieren a los criterios de reconocimiento. Por eso en definitiva la afirmación de una regla de reconocimiento como un hecho cuya existencia es constatable no puede hacerse en el plano de la pura teoría, sino que involucra la práctica.

Veamos por ejemplo el caso español. Creo que una descripción adecuada del funcionamiento de nuestro Derecho pasa por mostrar cómo los operadores jurídicos españoles aceptan y aplican un conjunto uniforme de criterios para identificar las normas jurídicas. Se trata de criterios complejos y difícilmente sintetizables, pero uniformes en cuanto que son comúnmente admitidos, implícita o explícitamente, como pautas para discriminar entre las normas. Pero sobre todo son uniformes en cuanto que su aplicación está controlada técnicamente y es posible saber con bastante certeza cuándo dichos criterios han sido satisfechos. En concreto pienso que la regla de reconocimiento del sistema jurídico español contiene los siguientes criterios, además de otros referidos a las normas preconstitucionales: 1) una norma es jurídica si ha sido elaborada en conformidad con la Constitución; 2) una norma no es jurídica si ha sido declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional, y 3) una norma es jurídica si es declarada constitucional por el Tribunal Constitucional<sup>10</sup>. Creo que es posible describir externamente la aceptación general de estos criterios de reconocimiento por los juristas y funcionarios españoles. Pues bien, lo cierto es que esta convicción común coexiste con discrepancias fundamentales respecto al Derecho, y algunas de ellas parecen contra-

---

<sup>10</sup> El segundo criterio es a primera vista un corolario del primero, pues una norma declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional (en adelante TC) deja automáticamente de ser conforme a la Constitución. Pero el criterio tiene sustantividad propia por cuanto el TC puede declarar inconstitucional una norma que era conforme a la Constitución antes de esa declaración (pero no desde entonces). También el tercer criterio refleja el primero, pues cuando el TC admite la validez de una norma ésta resulta ser formalmente conforme a la Constitución y satisface por tanto el primer criterio. Pero tiene igualmente sustantividad propia en cuanto que el TC puede declarar constitucional una norma que no era conforme a la Constitución antes de esa declaración (pero sí desde entonces). Por tanto, el segundo y tercer criterios son tan constitutivos del concepto de «norma jurídica» como el primero: una norma es válida en el sistema jurídico español si esta condición es admitida por el TC y sólo si no es negada por el TC. No es sólo que el TC es quien tiene la competencia para aplicar concluyentemente el primer criterio, sino que la opinión del TC es por sí misma decisiva con independencia de lo que *previamente* pudiese exigir el primer criterio.

decir que haya un acuerdo jurídico básico sobre los criterios de validez. No me refiero a las discrepancias sobre la validez de una norma sobre la que el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado. Éstas pueden explicarse como desacuerdos fácticos sobre la aplicación del primer criterio (¿qué es conforme con la Constitución?). En cambio las discrepancias sobre la validez de una norma sobre la que el Tribunal Constitucional sí se ha pronunciado no pueden explicarse verosímilmente como desacuerdos fácticos sobre la aplicación de los criterios segundo y tercero (¿qué es conforme con el Tribunal Constitucional?). Aquí las discrepancias sobre el Derecho parecen implicar discrepancias sobre las condiciones de validez, y necesitan una explicación adicional.

Es un hecho que algunos juristas discrepan en algunos casos con el Tribunal Constitucional y consideran inconstitucional lo que éste ha declarado conforme a la Constitución. Sin embargo, de acuerdo con los criterios de reconocimiento supuestamente aceptados por todos los juristas, debería estar claro que la norma considerada conforme con la Constitución por el Tribunal Constitucional es válida. He aquí, entonces, que a juicio de los juristas discrepantes la norma en cuestión es tanto inconstitucional e inválida como constitucional y válida. El camino para disipar esta contradicción puede ser distinguir dos tipos de reconocimiento de validez: uno técnico o formal, competencia en último término del Tribunal Constitucional, y otro libre o material, competencia de cualquier intérprete de la Constitución. Entonces, aunque todos los juristas coinciden en cuáles son las condiciones formales o técnicas de la validez, no coinciden necesariamente en cuáles son las condiciones sustantivas o cuál es el «espíritu» de dicha validez. Las condiciones que en definitiva cuentan para afirmar con certeza qué normas son jurídicas son las técnicas. Son ellas las que conforman la verdadera regla de reconocimiento (y son ellas las que cualquier abogado serio tiene en consideración inicial para informar a su cliente sobre cuál es el Derecho). Los juristas pueden y suelen hacer una valoración personal sobre cuál es el Derecho en el caso concreto, que guarda relación con sus concepciones del Derecho. Pero todos ellos —si no me equivoco— aceptan la misma regla de reconocimiento, pues todos aceptan que, sea lo que sea lo que ellos piensen, es el Tribunal Constitucional quien tiene la última palabra sobre la validez de las normas jurídicas españolas.

Admitamos que la distinción entre desacuerdos sobre la validez material y desacuerdos sobre la validez técnica es una explicación plausible que permite sostener que existe una regla de reconocimiento compartida a pesar de que ciertas discrepancias parecen desmentirlo. Pero ¿podemos considerar esta distinción como parte de una descripción puramente teórica de un sistema jurídico? No lo creo, pues esta distinción no puede realizarse externamente. Desde fuera de la práctica jurídica española, desde una teoría ajena a la práctica, no sería posible distinguir entre quien sostiene que una ley que el Tribunal

Constitucional estimó constitucional es inconstitucional pero acepta que la opinión del Tribunal Constitucional es un criterio de validez (y por tanto la norma es técnicamente constitucional) y quien sostiene que dicha ley es inconstitucional y no acepta que la opinión del Tribunal Constitucional es un criterio de validez. Esto es, desde fuera de la práctica jurídica española no sería posible detectar y describir la existencia de una regla de reconocimiento, entendida como conjunto de criterios compartidos.

¿Qué cabe concluir de todo lo anterior? En mi opinión puede defenderse que es posible una descripción teórica del funcionamiento del sistema jurídico, y en concreto que es posible describir la aceptación de una regla de reconocimiento. Esta última descripción es plausible como explicación del funcionamiento de un sistema jurídico, incluso aunque en la práctica se observen discrepancias en la identificación de normas por parte de los funcionarios. Ahora bien, cuando ante la discrepancia observada el teórico toma partido por una formulación o una interpretación de los criterios que rebase el consenso que pueda detectarse empíricamente, en ese momento está introduciendo una valoración que equipara su labor a la de un jurista: deja de ser observador para hacerse partícipe. Por eso, mi percepción de la regla de reconocimiento española, y de las discrepancias sobre la constitucionalidad, puede ser vista justificadamente como una concepción más sobre el Derecho, que implica una interpretación y valoración propias de un jurista, y no en cambio como la apreciación de un observador externo. En cuanto el teórico del Derecho, se interna en el fenómeno jurídico y hace algo más que constataciones empíricas, en cuanto pretende ir más allá de lo que pudiera averiguar un observador que se conforma con constatar una actividad guiada por normas, y se refiere al Derecho tal como es –tal como él cree que es–, desde ese momento el filósofo se comporta como un jurista y, como él, hace ciencia jurídica<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Las mismas consideraciones son de aplicación al teórico del *bridge*. A partir de su observación y de los testimonios de los jugadores podrá verosíblemente postular un concepto de *bridge* como juego de cartas sometido a unas reglas (quizá las *Laws of Duplicate Contract Bridge 1987*), interpretadas en su caso por árbitros oficiales. Pero una teoría así deja de ser descriptiva desde el momento en que podemos preguntarnos por qué son esas reglas las que definen el *bridge*. ¿Cómo reaccionará ese teórico ante un hablante que llama *bridge* a un juego diferente? Puede tenerlo en cuenta, en cuyo caso debería revisar su concepto de *bridge* hasta hacerlo inservible. Puede ignorarlo por creerlo equivocado, en cuyo caso estará practicando el *bridge* al interpretar su contenido y tomar partido al respecto. Y puede restarle importancia por apartarse del uso común del término «*bridge*», en cuyo caso estará admitiendo que el contenido del *bridge* es el determinado por la mayoría de sus jugadores o árbitros. Esta admisión es de por sí un ejercicio práctico de *bridge*, pero además plantea el problema de definir qué es *bridge* discriminando entre lo que la mayoría de sus jugadores considera acciones propias del *bridge* y lo que admite como tales (por ejemplo, por haberlas aceptado un árbitro oficial), lo cual exige involucrarse en la práctica del juego.

Hasta aquí he argumentado a favor de admitir que Dworkin tiene razón en que el teórico del Derecho no puede abstenerse de practicarlo de algún modo. Sin embargo he defendido esa idea en el contexto de una teoría del Derecho basada en la noción de regla de reconocimiento, noción que Dworkin rechaza. La tesis de Dworkin sobre la unidad de teoría y práctica va más allá: invita a construir la teoría jurídica desde la práctica, desde la determinación y justificación de los derechos y los deberes que un juez debe reconocer. El Derecho no puede entenderse, según él, como producto de una regla de reconocimiento, sino como resultado de un proceso de justificación de las decisiones judiciales, donde cuenta todo lo que al examinar a la práctica jurídica dándole el mejor sentido posible se muestra vinculante para el juez. Desde este punto de vista, la teoría jurídica es una teoría de la adjudicación (Marmor, 1994: 47; Coleman, 1995: 53). Se llega así a formular un concepto de Derecho, donde lo que cuenta no es cómo se crean las normas, sino cómo se justifican las decisiones.

Por mi parte, creo que Dworkin va demasiado lejos al sugerir el *concepto* de Derecho cuya interpretación es tarea común tanto de la práctica jurídica –la dogmática y la adjudicación– como de la teoría jurídica. Se trataría del modo en que una comunidad guía y construye la coacción estatal por los derechos y responsabilidades nacidos de decisiones políticas pasadas sobre cuándo dicha fuerza está justificada (Dworkin, 1986: 93). Dworkin arguye que tales posiciones jurídicas dependen de los principios morales implícitos en ese historial político. Pero el problema no es esta concreta *concepción* del Derecho que lo vincula con la moral (cfr. Lifante, 1999: 309). El problema es ya el propio concepto que se asume como punto de partida, pues a mi juicio no es sino una concepción más. La teoría que asocia el Derecho a la justificación de la coacción estatal es plausible y tiene fundamento en la práctica jurídica. Pero la participación práctica en el Derecho podría fundamentar una teoría y concepto diferentes, totalmente ajenos al interés por justificar conductas. Por ejemplo, cabría llegar a concebir el Derecho en términos de sistema normativo institucionalizado, o de instrumento social para resolver conflictos, pues conceptos así también pueden dar cuenta eficazmente de la práctica jurídica.

Es posible que aunque tuviéramos que rechazar la caracterización del concepto de Derecho sugerida por Dworkin el núcleo de su teoría no se vería afectado (Dworkin, 1986: 93). Sin embargo sí perdería sentido mucho de lo que Dworkin defiende sobre la interpretación jurídica, y por eso no es de extrañar que se esfuerce por defender su propuesta conceptual frente a posibles rivales. Así, frente a una posible descripción del Derecho en términos de normas con autoridad provenientes de fuentes sociales, como la que cabría adscribir a Raz, Dworkin (1986: 429) objeta que dicho enfoque necesita apoyarse en razones de moral política, según las cuales sólo la atención a esas fuentes sociales puede justificar la coacción. Pero una objeción de este tipo, sea o no apta frente a Raz, no sería aplicable a los enfoques

conceptuales sobre el Derecho, donde no se toma como razón *moral* para la acción. El Derecho es una razón para actuar, y sería inadecuado cualquier concepto que no lo tuviese en cuenta. Pero esa realidad puede asumirse como un hecho, sin darle ni dejar de darle contenido moral, en cuyo caso el Derecho no será visto como el respaldo justificatorio de la coacción estatal. En general, como señala Calsamiglia (1993: 67), el positivismo jurídico no está interesado en la justificación de las decisiones jurídicas, sino en describir los elementos que componen el Derecho. Aunque ninguna descripción es neutral, sino que involucra siempre algún tipo de evaluación (por ejemplo, sobre qué es más relevante), esta valoración no tiene necesariamente que ser moral o justificatoria (Marmor, 1992: 55-57).

#### 4. POSIBILIDAD DE UNA PRÁCTICA JURÍDICA INDEPENDIENTE DE LA TEORÍA DEL DERECHO

La tesis que asimila teoría y práctica jurídicas tiene como segunda vertiente la idea de que todo intento de determinar el contenido del Derecho, toda actividad jurídica práctica, requiere e implica una teoría sobre el concepto del Derecho, una concepción iusfilosófica. En palabras de Dworkin, «no hay una línea fija que separe la jurisprudencia (*jurisprudence*, teoría jurídica) de la adjudicación o de cualquier otro aspecto de la práctica jurídica. Los filósofos del Derecho discuten sobre la parte general, el fundamento interpretativo que debe tener cualquier argumento jurídico. Nosotros podemos dar la vuelta a la moneda. Cualquier argumento jurídico práctico, no importa lo detallado y limitado que sea, asume el tipo de fundamento abstracto que ofrece la jurisprudencia, y cuando compiten fundamentos rivales, un argumento jurídico asume uno y rechaza otros. De modo que cualquier opinión de un juez es en sí misma una porción de filosofía jurídica, incluso cuando la filosofía está oculta y el argumento visible está dominado por citas y listas de hechos. La jurisprudencia es la parte general de la adjudicación, el prólogo callado de cualquier decisión en Derecho» (Dworkin, 1986: 90).

La idea, como se ve, es que la actividad del jurista práctico, al decir cuál es el Derecho, exige tomar posición teórica sobre qué es el Derecho. Esto a primera vista parece exagerado, pues no es difícil imaginar un abogado, un juez o un dogmático actuando profesionalmente sin haberse planteado nunca qué sea el Derecho o qué Teoría del Derecho le parece más convincente. Pero mirado el asunto con más atención me parece más plausible que, en efecto, la práctica del Derecho está siempre acompañada de presupuestos teóricos implícitos. Con frecuencia el jurista no es consciente de ellos o no los articula en forma de teoría filosófica, pero esto no impide que existan y se confundan con su labor práctica.

Pensemos, por ejemplo, en un abogado que debe informar a su cliente sobre si es lícito incluir en una página *web* personal «vínculos» a páginas ilícitas. Cualquiera que sea la opción que tome para encontrar el Derecho aplicable, dicha opción será defendible con una concepción filosófica sobre el Derecho, pero no con otras. Por tanto, la respuesta que el abogado dé a su cliente, cualquiera que sea, vendrá acompañada de una teoría jurídica sobre qué es el Derecho. La práctica del abogado no es en el fondo independiente de la teoría. Supongamos que nuestro abogado considere que debe buscar la respuesta jurídica en las fuentes del Derecho habitualmente reconocidas como tales y no en cambio en principios morales ilustrados o en alguna combinación de éstos con las fuentes pacíficamente admitidas. En tal caso, su búsqueda práctica de cuál es el Derecho es a su vez una teorización de corte positivista sobre qué es el Derecho, según la cual para conocer su contenido no es preciso *necesariamente* recurrir a argumentos morales. Supongamos, en cambio, que nuestro abogado considere que debe asesorar a su cliente indicándole la opinión judicial mayoritaria; o la opinión social mayoritaria; o la probable respuesta del tribunal que previsiblemente examinaría el caso... Todas estas diferentes respuestas son consecuencia de diferentes concepciones (o incluso conceptos) sobre el Derecho, que surgen a su vez de diferentes enfoques teóricos. Por tanto, la implicación de la teoría en la práctica no sólo se manifiesta desde un enfoque del conocimiento jurídico como el de Dworkin, en el que la determinación del contenido del Derecho requiere una teoría moral, sino en cualquier enfoque.

La tarea práctica consistente en exponer el contenido del Derecho requiere interpretarlo, lo cual a su vez exige partir de un concepto de Derecho y adoptar una concepción del Derecho que den sentido a esa interpretación. Pero Dworkin no se limita a poner de relieve esta exigencia como una condición previa de la práctica jurídica. Su tesis es incisiva sobre todo por indicar que la teoría es simultánea a la práctica e indistinguible de ella. Por un lado, como vimos, la teoría se construye con la práctica: entender qué es el Derecho demanda entender cuáles son las normas jurídicas aplicables, cuáles son las normas que vinculan al juez; en definitiva una teoría del Derecho consiste en una teoría de la adjudicación. Por otro lado, la práctica depende de la teoría, pues los presupuestos filosóficos se traducen en la interpretación del Derecho y así en su contenido; hasta el punto de que podría decirse que la filosofía jurídica es parte integrante del Derecho (Pérez Luño, 1993: 151).

Las tesis de Dworkin sobre la interpretación jurídica refuerzan esta conexión de búsqueda práctica y explicación teórica. Según él, una interpretación de la práctica jurídica, al igual que ocurre respecto a la literatura, debe satisfacer un test con dos dimensiones: debe ajustarse a esa práctica y debe mostrar su sentido o valor. Siendo así —escribe—, «la percepción de cualquier juez sobre el sentido o la función del Derecho, de la cual dependerán todos los aspectos de su enfo-

que acerca de la interpretación, incluirá o implicará alguna concepción sobre la integridad o la coherencia del Derecho como institución, y esta concepción tanto orientará como restringirá su teoría operativa sobre el ajuste —esto es, sus convicciones sobre qué cantidad del Derecho anterior debe ajustarse a una interpretación, cuál y cómo—» (Dworkin, 1982: 273). Por tanto, «los jueces desarrollan un enfoque concreto a la interpretación jurídica formando y refinando una teoría política sensible a las cuestiones sobre las que depende la interpretación en casos concretos; a esto le llaman su filosofía jurídica. Incluirá tanto aspectos estructurales, que elaboran la exigencia genérica de que una interpretación debe ajustarse a la historia doctrinal, como afirmaciones sustantivas sobre metas sociales y principios de justicia. Las opiniones de un juez sobre la mejor interpretación serán por tanto consecuencia de creencias que otros jueces no tienen por qué compartir» (Dworkin, 1982: 545).

No obstante, las razones para admitir que en el ámbito jurídico es imposible una práctica independiente de la teoría no bastan para sostener los concretos planteamientos de Dworkin sobre el carácter interpretativo de teoría y práctica. Puede decirse que según Dworkin el conocimiento práctico del Derecho en una comunidad se obtiene fundamentando las proposiciones jurídicas en una interpretación que integre de forma coherente y sensata lo que en dicha comunidad se reconoce como materiales jurídicos; porque el Derecho, tanto en la teoría como en la práctica, no es sino el resultado de la interpretación mejor justificada de lo que una comunidad está predispuesta a considerar Derecho. Según esto, el conocimiento teórico y práctico del Derecho tienen una misma fuente en el esquema de creencias que el intérprete tiene razones para preferir a cualquier otro. Porque si bien al intérprete no le puede bastar como justificación su opinión subjetiva, tampoco le es posible abandonar su esquema conceptual para buscar una justificación objetiva externa (Iglesias Vila, 1999: 211, *passim*). Pero las consideraciones epistemológicas de Dworkin, sin duda poderosas, no consiguen a mi parecer eliminar la posibilidad de un modelo de conocimiento jurídico, donde el referente sea distinto a la *mejor* interpretación posible. Pienso que hay lugar para un conocimiento jurídico práctico vinculado a una teoría sobre el Derecho que conciba éste sin prejuizar sobre su valor o disvalor. Si así fuera, habría que relativizar el alcance de la unidad entre teoría y práctica postulada por Dworkin: consigue poner de manifiesto la conexión entre decir el Derecho y filosofar sobre el Derecho, pero no consigue hacer preferible una filosofía concreta sobre cómo decir el Derecho.

Lo que quiero decir es que la epistemología jurídica de Dworkin no conduce indefectiblemente a su teoría jurídica. Admitamos con Dworkin que la determinación práctica del contenido del Derecho es correcta si y sólo si puede justificarse teóricamente: el Derecho no lo inventan los intérpretes, pero tampoco está «ahí fuera» para contrastar las interpretaciones. Pero dicha justificación podría realizarse —contra

lo que apunta Dworkin— sin pretender que la teoría adoptada concibe el Derecho como lo mejor que moralmente puede ser. Creo que bastaría con pretender que concibe el Derecho como lo que verosímilmente puede ser. Por ejemplo, creo que las proposiciones jurídicas pueden justificarse verosímilmente en el marco de una comprensión del Derecho que lo asocia a la autoridad de unas fuentes sociales. Tal vez esta concepción no sea la mejor desde el punto de vista moral, pero es bastante para respaldar la práctica. De hecho, por lo que sé, es la concepción operativa en la normalidad de la práctica jurídica de jueces, abogados y dogmáticos. Dworkin tiene buenas razones para defender la asociación Derecho-integridad-moralidad política: es una asociación recomendable; pero los positivistas tienen también buenas razones para defender la asociación Derecho-autoridad-reconocimiento efectivo: es una asociación practicada.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BOBBIO, N., «Ser y deber ser en la ciencia jurídica» (1967), en su *Contribución a la Teoría del Derecho*, trad. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990, pp. 197-218.
- *El positivismo jurídico*, trad. de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993.
- CALSAMIGLIA, A., «Dworkin y el enfoque de la integridad», *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso), 38, 1993, pp. 45-68.
- COLEMAN, J. L., «Truth and Objectivity in Law», *Legal Theory*, 1, 1995, pp. 33-68.
- FULLER, L. L., *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven, 1969 (2.<sup>a</sup> ed.).
- GARCÍA FIGUEROA, A., *Principios y positivismo jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
- DWORKIN, R., «Law as Interpretation», *Texas Law Review*, 60, 1982, pp. 527-550; ahora en A. Aarnio y N. MacCormick (eds.), *Legal Reasoning*, vol. II, Aldershot, Dartmouth, 1992, pp. 255-278.
- *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986. Hay trad. esp. de C. Ferrari: *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 1988.
- HART, H. L. A., *El concepto de Derecho* (1961), trad. de G. R. Carrió, Editora Nacional, México, 1980 (2.<sup>a</sup> ed.). Hay reedición en Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1990.
- *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford, 1982.
- «Postscript» a su *The Concept of Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 238-276.
- IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial. Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, 2.<sup>a</sup> ed. (1960), trad. de R. J. Vernengo, Porrúa-UNAM, México, 1991.
- LIFANTE VIDAL, I., *La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.

- MARMOR, A., *Interpretation and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- PÉREZ LUÑO, A. E., «Las fuentes del Derecho y la teoría de Ronald Dworkin», *Revista de Ciencias Sociales* (Universidad de Valparaíso), 38, 1993, pp. 115-159.
- RAZ, J., *Razón práctica y normas* (2.<sup>a</sup> ed. 1990; 1.<sup>a</sup> 1975), trad. de J. Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- *The Authority of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1979.
- ROSS, A., *Sobre el Derecho y la Justicia* (1958), trad. de G. R. Carrió, EUDEBA, Buenos Aires, 1994.