

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	13
INTRODUCCIÓN	19
CAPÍTULO I. LA CONCEPCIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO DOMINANTE EN LA TRADICIÓN IUSFILOSÓFICA	29
1. PRESENTACIÓN DEL MODELO «FUNDACIONALISTA» DE SISTEMA	29
2. EL CONCEPTO DE SISTEMA EN EL IUSNATURALISMO MO- DERNO O RACIONALISTA. EL EJEMPLO DE G. W. LEIBNIZ.	38
3. EL CONCEPTO DE SISTEMA EN EL POSITIVISMO CON- TEMPORÁNEO	50
3.1. Problemas y deficiencias del modelo defendido por el iusna- turalismo moderno	50
3.2. La pervivencia del modelo fundacionalista de sistema en el positivismo jurídico del siglo XX	64
3.2.1. Discusión en torno al carácter dinámico del sistema ..	65
3.2.1.1. Límites materiales	66
3.2.1.2. Límites lógicos.....	73
3.2.2. Sistema jerárquico, axiomático y cerrado	77
3.2.2.1. Lógica deductiva y jerárquica	82
3.2.2.2. Carácter axiomático	86
3.2.2.3. Carácter cerrado.....	90

	Pág.
CAPÍTULO II. EL SISTEMA «COHERENTISTA» DE RONALD DWORKIN	99
1. LA RUPTURA CON EL MODELO FUNDACIONALISTA Y LA CRÍTICA A LAS TEORÍAS SEMÁNTICAS	99
2. LA RECONSTRUCCIÓN PROBLEMÁTICA DEL SISTEMA	120
3. INTERPRETACIÓN Y SISTEMA	126
3.1. Presentación del modelo «coherentista» de sistema	126
3.2. La reconstrucción del sistema en el proceso interpretativo	141
3.2.1. Estadio pre-interpretativo	142
3.2.2. Estadio interpretativo	146
3.2.2.1. Consistencia	151
3.2.2.2. Justificación	169
3.2.2.3. La implicación recíproca de ambas dimensiones	174
3.2.2.4. Reconciliación y síntesis en el proceso interpretativo	177
3.2.3. Estadio post-interpretativo	186
APÉNDICE. LOS PRESUPUESTOS EPISTÉMICOS DE LA TEORÍA.	187
CAPÍTULO III. EXAMEN Y VALORACIÓN DEL MODELO	205
1. EL MODELO DE LA INTEGRIDAD Y ALGUNOS PROBLEMAS TRADICIONALES DE LA TEORÍA DEL SISTEMA JURÍDICO	205
1.1. Antinomias	206
1.1.1. El problema en el modelo fundacionalista de sistema	207
1.1.2. El problema en el modelo coherentista: la fase de identificación	210
1.1.3. La fase de resolución	213
1.2. Lagunas	222
1.2.1. El problema en el modelo fundacionalista de sistema	222
1.2.2. El problema en el modelo coherentista: la fase de identificación	224
1.2.3. La fase de resolución	225
1.2.4. La tesis de la respuesta correcta: una aproximación comparativa	236
1.2.5. Ventajas adicionales de la teoría: especial consideración del problema de las lagunas axiológicas	243
1.3. Identidad y cambio de sistema	247

	Pág.
2. RESPUESTA A ALGUNAS CRÍTICAS	253
2.1. El valor descriptivo de la teoría	257
2.2. El fundacionalismo encubierto	260
2.3. El carácter contextual de la teoría	264
3. REVISIÓN FINAL	270
3.1. El coherentismo y la idea de sistema	271
3.2. El sistema visto desde otra luz	274
BIBLIOGRAFÍA	279

PRÓLOGO

1. *Un lugar común muy arraigado hoy entre quienes cultivamos la teoría del derecho es que la idea de sistema es la clave para descifrar el concepto de derecho. Sin embargo, desde que apareció, probablemente en el marco del yusnaturalismo racionalista, el concepto de sistema jurídico ha sido interpretado dentro de concepciones muy diversas, y en la actualidad dista mucho de ser un concepto pacífico. La concepción dominante en la teoría del derecho europea durante buena parte del siglo XX se ha configurado en el marco del pensamiento positivista, en gran medida bajo la influencia cruzada de KELSEN y HART. Dos buenos exponentes de ella se encuentran en *The Concept of a Legal System* (1970) de J. RAZ y, de una forma algo diferente, en *Normative Systems* (1971) de C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN. Prescindiendo de detalles e ignorando modulaciones doctrinales más o menos importantes, esa concepción entendía el derecho como un conjunto de reglas convencionales, cuya existencia depende de decisiones de creación normativa y no de su razonabilidad intrínseca, y que, a pesar de haber sido creadas por autoridades diversas en momentos diferentes, constituyen una unidad porque proceden de actos de creación/aplicación que tienen un último fundamento y una fuente de validez común.*

*Esa concepción del sistema jurídico, que se había revelado notablemente productiva para la teoría del derecho, empezó a ser sometida a revisión a finales de los años setenta, principalmente bajo el efecto de la crítica que Ronald DWORKIN formuló en *Taking Rights Seriously* (1977) contra lo que él mismo denominó «el modelo de las reglas», encarnado de forma ejemplar en la teoría del derecho de HART. Un examen de las presuposiciones normativas sobre las que se asienta la función jurisdiccional, en el curso de un análisis de la forma como los*

jueces resuelven los llamados «casos difíciles», reveló, por un lado, el papel crucial de los principios, una clase de normas que, hablando con propiedad, no son creadas deliberadamente, sino más bien encontradas en el proceso de interpretación y aplicación del derecho, que expresan una idea de rectitud moral y para las que son inaplicables los criterios de validez y pertenencia que según la teoría dominante se aplican a las normas del sistema; por otro, sacó también a la luz las dificultades de la doctrina de la regla de reconocimiento, en la que HART hacía descansar la unidad del sistema jurídico estableciendo al mismo tiempo una estricta separación entre derecho y moral. De ese modo dos de las tesis que HART había señalado como definitorias del positivismo jurídico —la tesis de las fuentes sociales del derecho y la tesis de la separación conceptual del derecho y la moral— quedaban cuestionadas bajo un enfoque que de paso movilizaba argumentos políticos y morales para rechazar también la tesis de que en los casos difíciles no hay una respuesta en términos del derecho vigente de modo que necesariamente habría que admitir la discreción judicial. La imagen del derecho como un sistema integrado de forma exhaustiva por reglas positivas, separado de la moral, quedaba en entredicho.

En la «provincia» de la teoría del derecho, en la que en los años sesenta y setenta el pensamiento de HART había tenido un papel pacificador y efectos muy estimulantes, la publicación de ese primer libro de DWORKIN produjo una conmoción que fue expandiéndose a más y más áreas temáticas, y cuyos efectos pueden todavía sentirse. Su enorme impacto suscitó en algunos sectores alarma por una serie de razones combinadas, en las que se mezclaban, en ocasiones de forma confusa, consideraciones puramente teóricas con otras de carácter político e ideológico. Por un lado, el ataque al «modelo de las reglas» parecía poner en peligro, si no la idea misma del sistema jurídico, sí al menos la interpretación positivista del mismo como un sistema diferenciado, autorregulado y deslindado de la moral. De hecho, la polémica cruzada entre DWORKIN y HART, y entre sus respectivos partidarios, terminó en gran medida insertándose en el marco de la vieja disputa entre positivistas y yusnaturalistas, abriendo nuevos espacios para una confrontación que parecía estancada. Por otro lado, al insistir en la relevancia de principios morales no convencionales en el proceso de aplicación judicial del derecho, parecía poner en peligro el valor de la seguridad jurídica y abrir la puerta al activismo judicial en detrimento del principio del sometimiento de los jueces a la ley. De ese modo, la polémica de teoría del derecho se acopló inmediatamente —de forma bastante acusada entre nosotros— a una polémica paralela sobre el sentido de la vinculación de los jueces a la ley en un Estado de derecho, y de paso sobre la significación de la estructura normativa del Estado constitucional para la teoría del derecho.

Con todo, Taking Rights Seriously dejaba abierta la duda de si, más allá de un ataque frontal a la teoría del derecho dominante, estábamos en presencia de una teoría del derecho alternativa, y si en ese caso se trataba de una teoría general, y no más bien de una descripción del sistema jurídico característico de las sociedades en las que ha arraigado un Estado constitucional. Con Law's Empire (1986) DWORKIN despejó las dudas formulando un programa de teoría del derecho bajo el lema «derecho como integridad». Acusando la influencia del pensamiento hermenéutico de procedencia gadameriana, generalizó ahora el modelo de solución de los llamados «casos difíciles», haciendo ver que la virtualidad de los principios resulta ser ubicua, y no limitada a casos marginales de oscuridad o ausencia de regla. Al mismo tiempo, analizando el proceso de descubrimiento de los principios apropiados para la solución de casos concretos, sacó a la luz las relaciones de mutuo sustento que existen entre principios y reglas positivas en el proceso de aplicación del derecho, mostrando el carácter interno de los principios y su pertenencia a un determinado sistema jurídico. Finalmente, con independencia de las peculiaridades de una obra construida en el marco de la tradición jurídica norteamericana, la teoría, levantada sobre la tesis de que el fenómeno que denominamos «derecho» es ante todo una práctica interpretativa, erigía una inequívoca pretensión de universalidad.

2. *Un examen detenido de Law's Empire inducía a pensar que, a pesar de lo que podría haber sugerido el ataque inicial al «modelo de las reglas», la concepción de R. DWORKIN no representaría una nueva invitación a regresar a un pensamiento antisistemático, sino más bien una concepción alternativa del derecho como sistema. Con todo, faltaba una obra que explotara las virtualidades de la concepción dworkiniana para una teoría del sistema jurídico. El libro que el lector tiene ahora en sus manos avanza un amplio trecho en esa dirección. En él Juan Manuel PÉREZ BERMEJO explora con detalle y perspicacia la concepción del sistema jurídico que se encuentra implícita en la fórmula dworkiniana «derecho como integridad». Su contribución es tanto más importante cuanto que semejante concepción no se encuentra explícitamente formulada por el mismo DWORKIN, sino que en gran medida ha de ser reconstruida.*

Para ayudarse en su propósito J. M. PÉREZ BERMEJO articula su trabajo en torno a la distinción entre dos modelos abstractos de sistema a los que se aplica las denominaciones de «fundacionalista» y «coherentista». Aunque la construcción inicial de los dos modelos procede de discusiones recientes entre epistemólogos, él, tomando las precauciones necesarias para evitar transposiciones ilegítimas, las proyecta muy eficazmente sobre el terreno jurídico. A pesar de que en la presentación de esos modelos, en particular en el caso del fundaciona-

lista, recurre a teorías concretas, el lector no debe buscar aquí propiamente una historia del concepto de sistema jurídico. La intención es más bien trazar los perfiles de dos enfoques que admiten una cierta variedad de modulaciones. Eso permite al autor, por lo pronto, rastrear el oscuro parentesco que, a pesar de todas las innegables diferencias, existe entre la concepción del derecho del yusnaturalismo racionalista y la concepción dominante en el positivismo. Le permite además subrayar por contraste los rasgos innovadores de un enfoque coherentista que arranca de la consideración del derecho como una práctica interpretativa. A ello dedica la parte central de su trabajo, donde la lectura de DWORKIN va acompañada de un notable esfuerzo reconstructivo.

Un modelo teórico ha de ser juzgado ante todo por su rendimiento: por su fuerza explicativa y su capacidad para resolver problemas. En la tercera parte de su obra J. M. PÉREZ BERMEJO pone a prueba el modelo coherentista dworkiniano investigando en qué medida permite afrontar mejor que el modelo rival ciertos problemas característicos de una teoría del sistema jurídico. Tomando como test el problema de las antinomias y las lagunas, hace patentes las ventajas de un modelo que permite explicar cómo pueden seguir siendo compatibles la prohibición del non liquet y la proscripción de la arbitrariedad judicial, dos exigencias institucionales vinculadas a la actividad jurisdiccional que en los casos difíciles parecen entrar inevitablemente en colisión. En efecto, un examen del diferente modo de aplicación de los principios y las reglas, y de las relaciones existentes entre unos y otros permite mostrar cómo mediante operaciones de autointegración y autocorrección, explotando los recursos internos del sistema, los jueces están en condiciones de resolver conforme a derecho aquellos casos en los que falta norma legal o las normas legales son contradictorias, y ello sin necesidad de hacer uso de poderes discrecionales y manteniendo una fidelidad a la ley más fuerte que en el modelo fundacionalista.

Con agudeza J. M. PÉREZ BERMEJO indaga también las consecuencias que el enfoque interpretativo arrastra para un tratamiento del tema de la unidad y los criterios de identidad del sistema. Y en este orden de cosas sus consideraciones hacen albergar la sospecha de que una teoría que involucre criterios hermenéuticos de identidad está en mejores condiciones de dar cuenta de los fenómenos de persistencia y cambio en los sistemas jurídicos que una que se limite a un tratamiento puramente formalista, mediante la remisión a una regla última, ya sea la norma fundamental kelseniana o la regla de reconocimiento de HART.

3. *A lo largo de su libro J. M. PÉREZ BERMEJO lleva a cabo un brillante trabajo de contraste entre el modelo fundacionalista y el modelo coherentista. Su investigación deja abierta, creo yo, la cuestión de si es posible integrarlos.*

Fundacionalismo y coherentismo representan dos enfoques que han surgido obedeciendo a incitaciones teóricas algo diferentes. El primero trata de hacer frente a ciertas cuestiones planteadas con agudeza en el curso del proceso de implantación del positivismo jurídico: por un lado, cómo podemos pensar como una unidad un conjunto de normas creadas en momentos históricos diversos, obedeciendo a propósitos variables y por autoridades diferentes; por otro, cómo podemos entender el derecho como un fenómeno normativo diferenciado de la moral. Como puso de manifiesto el tratamiento del concepto de sistema jurídico de J. RAZ, los problemas de identidad, estructura y pertenencia son aquí los problemas cruciales. El segundo, en cambio, surge del intento de dar cuenta de ciertas exigencias de racionalidad —v. gr., completación, coherencia, univocidad— en relación con el derecho, que se revelan en los procesos de interpretación de las normas con vistas a su aplicación a casos concretos. Mientras el primer enfoque pretende ofrecer una teoría descriptivista del sistema jurídico como un conjunto de normas convencionales creadas mediante decisiones, el segundo está más bien orientado a la práctica jurídica y por eso no puede prescindir de la dimensión normativa que es inherente a ésta, ni de ciertas idealizaciones que parecen implícitas en los procesos de determinación jurisdiccional del derecho vigente. La tesis de la única respuesta correcta —que guarda parentesco con el viejo recurso a la ficción de un legislador racional, que, por así decirlo, estaría por detrás de los múltiples y deficientes procesos de creación de normas—, una tesis que carece de escaso sentido desde el primer punto de vista, resulta casi natural cuando se adopta el segundo. La unidad del sistema, que en el primer caso se cifra en una regla última que sirve de punto último de referencia para un proceso diversificado de creación de normas, en el segundo se resuelve mediante la invocación de la voluntad normativa de la comunidad, como un sujeto colectivo presupuesto en el proceso de interpretación, capaz de «hablar con una sola voz» desde un conjunto coherente de principios.

No es claro de qué modo podría facilitarse una mediación entre los dos enfoques. Por mi parte creo que una reflexión suficientemente sostenida sobre el carácter institucional del derecho —un rasgo del sistema jurídico sobre el que la concepción dominante llama la atención con particular insistencia— puede proporcionar el punto de mediación, siempre que no se ignoren los presupuestos normativos bajo los que discurre la función jurisdiccional. Una teoría del derecho que se tome en serio el carácter institucional del derecho no puede describir el sistema jurídico sin involucrar exigencias de racionalidad práctica; pero si no quiere recaer en idealismos, no puede sustanciar ella misma esas exigencias de racionalidad, sino que ha de incorporarlas de un modo meramente formal. En este sentido una teoría del derecho que quiera hacer justicia a la naturaleza práctica e interpretativa del dere-

cho, y al mismo tiempo mantener una pretensión de validez universal, ha de elaborar una teoría del sistema jurídico analizando el punto de vista interno de la aplicación del derecho, sin adoptarlo ella misma.

Prestar la debida atención al carácter dinámico (KELSEN) e institucional (HART/RAZ) del sistema jurídico, y a las condiciones empíricas bajo las que se desarrollan los procesos jurisdiccionales, puede ayudar a sortear el riesgo de idealismo que amenaza a una teoría que ha de tomarse en serio las idealizaciones implícitas en los procesos de interpretación y argumentación jurídica. Una teoría del sistema jurídico tendría que explicar, por ejemplo, por qué, a pesar de que los órganos jurisdiccionales están bajo la exigencia de alcanzar la «única respuesta correcta», no es esperable una única respuesta, ni tampoco resultados inequívocamente correctos e indisputables, sin que eso sea, sin embargo, razón suficiente para incurrir en escepticismo interpretativo, y en qué sentido la pluralidad de respuestas posibles, que de hecho se advierte en la práctica jurisdiccional, no es una objeción decisiva contra la tesis de la proscripción de la discreción judicial.

No está garantizado de antemano que tenga éxito un intento de integrar los dos modelos. Para ello es necesario realizar una proyección recíproca de los planteamientos de ambos y examinar con detalle de qué forma el enfoque del que procede cada uno de ellos obliga a redefinir problemas planteados de forma característica por el otro. Aunque queda mucho trabajo por hacer, el libro de Juan Manuel PÉREZ BERMEJO ha facilitado considerablemente las cosas despejándonos el camino. Por eso es imprescindible.

Miguel Ángel RODILLA