

EL REALISMO JURÍDICO: ¿UNA AMENAZA PARA EL LIBERALISMO Y LA DEMOCRACIA?

*José Luis Martí**

Quiero agradecer sinceramente la valiosa ayuda que me han prestado Jordi Ferrer, José Juan Moreso, Daniel Mendonca y David Martínez, al leer atentamente y señalarme los múltiples errores que contenía la primera versión de este trabajo. Los defectos que aún pueda tener el artículo son debidos únicamente a mi testarudez. Y, sobre todo, quiero evocar el recuerdo de Albert Calsamiglia i Blancafort, que falleció pocos días antes de que yo terminara la redacción definitiva del trabajo.

La filosofía analítica, insistiendo en que la función básica de toda filosofía es el análisis del lenguaje y, más precisamente, el análisis del significado de los términos que utilizamos, siempre ha recurrido a la distinción como un instrumento metodológico de primer orden¹. Podríamos afirmar que la tarea filosófica, entendida desde una perspectiva analítica, consiste fundamentalmente (al menos en una primera fase) en distinguir, entre tipos de enunciados, entre usos del lenguaje, distinguir entre diferentes sentidos de un término, etc. Eso es precisamente lo que Riccardo Guastini se propone hacer en todos sus trabajos. Y por eso es especialmente significativo el título de una de sus últimas publicaciones, ésta que ahora estamos comentando: *Distinguendo*.

* Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.

¹ Para comprender bien la evolución y el alcance de la tradición analítica, pueden verse en castellano: cualquiera de las contribuciones al excelente monográfico titulado “Resistiendo al oleaje. Reflexiones tras un siglo de filosofía analítica” de la revista *Cuaderno Gris*, Época III, núm. 4, 1999; “El análisis filosófico después de la filosofía analítica”, de José Hierro Sánchez-Pescador, *Boletín informativo de la Fundación Juan March*, núm. 274, noviembre de 1997; y “La evolución de la filosofía analítica”, de Carlos J. Moya, *Boletín informativo de la Fundación Juan March*, núm. 293, octubre de 1999.

Este libro, *Distinguiendo* (título de la reciente traducción castellana de Jordi Ferrer Beltrán)², es una recopilación de trabajos y artículos anteriores en los que Guastini aborda diversos temas centrales de la teoría del derecho en un esfuerzo de clarificación conceptual de carácter puramente analítico. Analiza, por ejemplo, la relación existente entre filosofía del derecho, teoría del derecho y ciencia jurídica, así como los conceptos de fuentes del derecho, de norma, de obligación, de validez, de principios jurídicos, de derechos subjetivos y de igualdad. También revisa la función de la interpretación y de la aplicación judicial del derecho, al igual que la caracterización de las normas que regulan la producción jurídica, los conceptos de ordenamiento y sistema jurídicos, las jerarquías normativas, las perspectivas estática y dinámica del derecho, entre otros temas. Esta obra ofrece, por lo tanto, un panorama bastante amplio de algunos de los principales problemas de la teoría positivista del derecho contemporánea. Y por esa razón contiene muchas posibilidades de discusión, de las cuáles yo aprovecharé tan sólo una en este trabajo.

He dividido el artículo en tres partes. En la primera de ellas trataré de caracterizar brevemente la teoría escéptica del derecho de Guastini. En la segunda examinaré en qué medida es incompatible una teoría como la suya con una concepción liberal del estado. Y finalmente, revisaré en qué medida es también incompatible con cualquier teoría de la democracia. Anticipo ya aquí mis conclusiones. Defenderé dos tesis subsidiarias, una fuerte (F) y una débil (D), con el siguiente contenido: *Tesis F: la teoría escéptica o realista del derecho es incompatible lógicamente con el liberalismo y la democracia*. Y ante aquellos que no acepten la Tesis F, por las razones que ya veremos, defenderé subsidiariamente la *Tesis D: la teoría escéptica o realista del derecho es compatible lógicamente con el liberalismo y la democracia, pero conlleva inconsistencias pragmáticas con ambos*, de manera que un realista sensato no puede a la vez defender una concepción liberal o una democrática junto con su propia posición realista, a riesgo de ser inconsistente.

1.—El escepticismo de Guastini

Riccardo Guastini es un escéptico ante el derecho. Podemos situarle en la escuela realista genovesa inaugurada por Giovanni Tarello que,

² Guastini (1999a). En adelante me referiré y citaré siempre dicha traducción.

como otras escuelas realistas (escandinava o norteamericana), se caracteriza por sostener una perspectiva escéptica ante una caracterización del derecho entendido como conjunto definido e identificable de normas jurídicas generales, y por situar su punto de mira principal en la labor de los jueces (en la interpretación de textos normativos y en la aplicación de normas), más que en las normas mismas. El realismo italiano emana básicamente de la específica teoría de la interpretación que sus autores suscriben, teoría que niega la posibilidad de identificar unívocamente el derecho, y que concede a los jueces una plena discrecionalidad para decidir en los casos que se les plantean. En adelante me referiré indistintamente a esta posición teórica como realismo jurídico, escepticismo jurídico, o no-cognoscitivismo jurídico; y usualmente es concebida como una teoría opuesta al normativismo o cognoscitivismo jurídico. Voy a tratar de caracterizar brevemente a continuación cuáles son las tesis que Guastini sostiene y que le convierten en un realista jurídico.

Tesis I: El término ‘norma’ se utiliza habitualmente por los juristas en dos sentidos distintos que conviene distinguir. Por una parte, es utilizado “para referirse a enunciados del discurso legislativo: partes o segmentos de un documento normativo (disposiciones)”³. Por otra, también lo usan para referirse a los “contenidos de significado (normas en sentido estricto)”⁴ de dichas disposiciones. Lo más importante de esta distinción es que “un enunciado normativo preexiste a la interpretación y constituye su objeto; el contenido de significado de un enunciado normativo, en cambio, es el producto (el fruto, el resultado) de la interpretación”⁵.

Aunque la distinción entre disposición y norma no es exclusiva de los realistas, es una tesis central del realismo genovés. De hecho, como ya he mencionado, dicho realismo se funda en un claro escepticismo ante la interpretación de textos normativos. El legislador, según Guastini, no formula normas en sentido estricto, sino únicamente formulaciones o disposiciones normativas. “La observación empírica no nos muestra que los legisladores establezcan obligaciones, potestades, faculten conductas, etc. Ellos simplemente realizan actos lingüísticos, profiriendo

³ Guastini (1999a), “Los juristas a la búsqueda de la ciencia”, Capítulo V, Tercera Parte, p.270.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

formulaciones normativas”⁶. Las normas en sentido estricto únicamente pueden ser el resultado de la interpretación de las disposiciones normativas.

Tesis II: Una misma disposición normativa es susceptible de ser interpretada de diversas maneras. “[El] significado de las formulaciones es siempre –o casi siempre– discutible: en el sentido en que siempre –o casi siempre– se pueden aportar argumentos en favor de interpretaciones diversas (diferentes entre sí, y también distintas a aquella que aparece como la interpretación *natural* o *prima facie*)”⁷. Esta variedad de interpretaciones posibles para todas las disposiciones jurídicas, no viene tanto provocada por el problema de la vaguedad del lenguaje natural, que también se da pero es de menor importancia, como por el problema de la ambigüedad sintáctica y semántica.

Guastini nos resume con claridad y precisión en uno de los capítulos del libro las diferentes técnicas interpretativas más habituales en la interpretación jurídica⁸. Esta diversidad de técnicas añade una mayor pluralidad de interpretaciones posibles, a las que ya surgían por causa de los problemas de vaguedad y ambigüedad del lenguaje. Es usual sostener, y así lo hace también Guastini, que las técnicas interpretativas nos sirven para resolver los problemas de imprecisión o indeterminación del lenguaje. Si esto fuera así, las técnicas mencionadas no añadirían interpretaciones posibles a un texto, como acabo de afirmar, sino que las limitarían. Sin embargo, y dado que no disponemos de ningún meta-criterio normativo que nos obligue a elegir una técnica determinada ante las demás, las técnicas interpretativas no sólo no van a disminuir la pluralidad de interpretaciones posibles, sino que en algunos casos la van a aumentar.

En efecto, Guastini descarta la existencia de algún meta-criterio semejante. Algunos teóricos del derecho han sostenido que existe una prioridad absoluta de la interpretación *declarativa* o *literal*, aquella que trata de descubrir (y conocer) el significado *propio* o de *uso común* de las disposiciones jurídicas, sobre las demás. Y afirman que sólo cuando esta interpretación literal se encuentra con problemas de imprecisión

⁶ Guastini (1999b), p.278. La cita está traducida del original.

⁷ Guastini (1999b), pp. 278-279. La cita está traducida del original.

⁸ Guastini (1999a), “Introducción a las técnicas interpretativas”, Capítulo II, Tercera Parte, pp. 211-235.

en el lenguaje, debemos recurrir a otro tipo de técnicas. Sin embargo, es difícil encontrar un fundamento objetivo a dicha prioridad absoluta. Incluso, aunque contingentemente un sistema jurídico determinado obligara a los intérpretes del derecho a través de una norma jurídica concreta a elegir prioritariamente una interpretación literal o declarativa sobre las demás, la disposición jurídica formulada por el legislador en la que se pretende enunciar dicha norma, también debe ser interpretada de manera que por razones lógico-temporales el fundamento de un meta-criterio como este no puede residir en ninguna disposición normativa de un ordenamiento jurídico concreto. Y no pudiendo ser jurídico, si queremos que dicho meta-criterio tenga fuerza normativa, no puede ser otra cosa que un criterio moral. Algo que sin duda plantearía aún nuevos problemas, que no vamos a examinar aquí.

Tesis III: La elección de una interpretación determinada, de entre todas las posibles, es una cuestión de decisión del intérprete, y no de conocimiento. No se trata de conocer cuál es la interpretación correcta, puesto que no la hay, sino de elegir una de las posibles. Y dicha elección es discrecional, debido a que ninguna otra norma jurídica puede vincularla.

Según Guastini, sería una contradicción plantear la posibilidad de tener conocimiento alguno acerca de normas (obligaciones, permisiones, etc.), ya que las normas no son en ningún caso hechos empíricos, y nosotros sólo podemos tener conocimiento del mundo empírico. Ahora bien, hay dos tipos de interpretaciones posibles, y uno de ellos sigue teniendo que ver con el conocimiento, aunque no en el sentido en el que lo plantean los normativistas. El primer tipo, la *interpretación-conocimiento*, sólo pretende conocer cuáles son los usos más comunes de las expresiones utilizadas en las disposiciones normativas, o la forma en la que han sido o serán entendidas dichas disposiciones por el legislador, los jueces o los juristas. Ésta debe ser una de las labores propias de los teóricos del derecho, y equivale a las funciones de las definiciones lexicográficas. El segundo tipo, la *interpretación-decisión*, consiste en “proponer o en decidir atribuir a una determinada expresión un determinado significado con preferencia sobre otros”⁹, y ésta es la interpretación que efectúan propiamente los intérpretes del derecho *par ex-*

⁹ Guastini (1999a), “Reencuentro con la interpretación”, Capítulo I, Tercera Parte, p. 203.

cellence, es decir, los jueces. En este caso, equivale a las funciones de una definición estipulativa.

En otro de sus trabajos, Guastini afirma explícitamente que “[la] teoría escéptica sostiene que la interpretación no es una actividad cognoscitiva, sino de valoración y decisión. Esta teoría se fundamenta en la opinión de que no existe algo así como el significado *proprio* de las palabras, ya que todas las palabras pueden tener: o el significado que les ha incorporado el emisor, o aquel que les incorpora el receptor, y la identidad entre uno y otro no está garantizada”¹⁰.

Hasta ahora hemos visto las tres tesis nucleares que fundamentan la posición escéptica de Guastini. Sin embargo, creo que es necesario identificar otras tesis, igualmente importantes, que se hallan implícitas en su posición. En primer lugar, conviene tener bien claro que sostener una posición realista o escéptica del derecho significa afirmar que el derecho como conjunto de reglas está indeterminado. Es decir, que el derecho así entendido no nos ofrece una respuesta única y unívoca para cada caso particular que el juez pueda descubrir. Si el derecho nos ofreciera respuestas correctas de este tipo, la interpretación sería una labor ciertamente cognoscitiva, y el juez no tendría como función elegir la interpretación que valorativamente le parezca más adecuada, sino la de conocer cuál es la *verdadera* interpretación. En suma, la teoría escéptica asume la tesis de la indeterminación del derecho. Tomaré esto como punto de partida para mis siguientes exploraciones.

Brian Leiter ha desarrollado un excelente esquema que nos permitirá comprender en qué consiste exactamente esta tesis de la indeterminación del derecho¹¹. En primer lugar, Leiter advierte que afirmar que el derecho es o está indeterminado equivale a afirmar que el conjunto de razones jurídicas —en su terminología, aquellas que podemos utilizar para resolver un caso particular— son o están indeterminadas. Son razones jurídicas, según este autor, las fuentes del derecho, las operaciones admisibles de interpretación de dichas fuentes, las operaciones admisibles de interpretación o categorización de hechos relevantes, y las operaciones racionales (deductivas) que relacionan las premisas

¹⁰ Guastini (1992), “L’interpretazione: oggetti, concetti, teorie”, Capítulo VII, p. 109. La cita está traducida del original.

¹¹ Leiter (1995a) y (1995b).

fácticas con las normativas y que permiten tomar decisiones particulares a partir de prescripciones generales.

A su vez, señala que existen dos tipos de indeterminación: la indeterminación *racional* y la indeterminación *causal*, de los cuales ahora sólo me interesa el primero. Diremos que el derecho es o está *racionalmente* indeterminado en algún punto si las razones jurídicas de las que se compone son insuficientes para justificar una única solución al caso¹². Creo que es necesario precisar aún más la conceptualización de Leiter, señalando dos tipos de indeterminación racional que él no distingue. El derecho puede estar racionalmente indeterminado por dos motivos: porque no nos ofrece ninguna solución al caso o porque nos ofrece diversas soluciones incompatibles y no priorizadas entre sí. Al primer caso le llamaré *indeterminación por ausencia de solución* (I1), y al segundo, *indeterminación por exceso de soluciones* (I2)¹³. En cualquiera de estos dos casos, el juez no dispondrá de una única solución predeterminada por el derecho al caso particular. La I1 se produce por la existencia de lagunas normativas, y no tiene nada que ver con los problemas asociados a la interpretación, puesto que para afirmar que existe una laguna es necesario presuponer que ya conocemos el significado de las disposiciones normativas, que ya las hemos interpretado (que ya conocemos el contenido de las normas jurídicas). La I2, por su parte, puede producirse o bien por problemas de precisión en el lenguaje, como la vaguedad o la ambigüedad¹⁴, que dificultan la interpretación de las disposiciones normativas, o bien por la presencia de antinomias normativas. A la primera situación la llamaré I2a, y a la segunda I2b. Conviene distinguir entre estas dos situaciones porque la naturaleza de la indeterminación es distinta en cada caso. Mientras que en I2b se produce una indeterminación por defectos sistémicos, igual que sucedía en I1, en I2a la indeterminación deriva de los problemas de interpretación.

¹² Leiter (1995a), pp. 481-482. Para Leiter, el derecho es o está causalmente indeterminado cuando “el conjunto de razones jurídicas es insuficiente para *causar* que el juez dé una única solución al caso”, asumiendo que “los jueces son racionales, honestos, competentes e infalibles, y que el derecho ejerce una influencia causal a través de las razones jurídicas”; *Op. cit.*, p. 482.

¹³ Manuel Atienza trazó ya esta distinción en Atienza (1990), p. 397.

¹⁴ Quien sostenga que el lenguaje natural se halla absolutamente indeterminado debe sostener que existen infinitas interpretaciones para una misma expresión lingüística. La consecuencia de este hecho es que el derecho nos ofrecería infinitas soluciones para un mismo caso particular. Técnicamente este no sería un caso de ausencia de solución, pero en la práctica los efectos serían los mismos.

Leiter también introduce otras distinciones que me parecen relevantes, aunque en parte se solapan con la anterior. En primer lugar distingue entre la ‘indeterminación *específica* de las razones jurídicas’ (I3), que se produce cuando el ordenamiento jurídico padece defectos sistémicos (lagunas, antinomias, etc.), que son específicos de dicho sistema y, por lo tanto, contingentes, y la ‘indeterminación *general* de las razones jurídicas’ (I4), que deviene de la carencia de significado objetivo de las expresiones lingüísticas y, por lo tanto, de una indeterminación lingüística de base¹⁵. I3 engloba los casos de I1 e I2b, mientras las situaciones de I2a entrarían dentro de I4. Es importante tener en cuenta, sin embargo, que quien sostiene la I4 lo hace por una actitud escéptica ante el lenguaje, que no tiene por qué ser compartida por quien sostiene la I2a. Es por eso que ambas situaciones no son perfectamente equivalentes y creo que es conveniente mantener la separación de I1, I2a, I2b, I3 e I4.

La segunda distinción es la siguiente. Diremos que existe una ‘indeterminación racional *global*’ (I5) cuando las razones jurídicas no son capaces de justificar una única solución para ningún caso particular, mientras que existe una ‘indeterminación racional *local*’ (I6) cuando dichas razones no son capaces de justificar soluciones únicas para algunos casos concretos, pero sí para otros. Dicho de otra forma, la I6 implica que el derecho está parcialmente indeterminado, pero que en algunos casos (aquéllos a los que suele llamarse ‘casos fáciles’) el derecho ofrece una solución única e unívoca.

En definitiva, en la reconstrucción que presento del esquema de Leiter, alguien que afirme que el derecho está indeterminado debe sostener que se dan alguno, o algunos conjuntamente, de los siete tipos de indeterminación que hemos visto (I1, I2a, I2b, I3, I4, I5, e I6).

Veamos cuál es la posición de Guastini al respecto. Es obvio, en primer lugar, que este autor admite la existencia de defectos sistémicos en el derecho (lagunas y antinomias). Si en algún momento pudiéramos resolver los problemas específicos de la interpretación, e identificáramos un significado concreto para las disposiciones normativas, aún y

¹⁵ Leiter (1995a), p.483. Como señala el mismo Leiter, los que sostienen la indeterminación general del derecho parten de determinadas tesis escépticas de la filosofía del lenguaje. Principalmente, o bien de las tesis sostenidas por Wittgenstein en sus últimos trabajos, o bien de las tesis de Derridá.

así tendríamos casos para los que no encontraríamos una única solución, debido a dichos defectos sistémicos. En consecuencia, Guastini puede, *prima facie*, confirmar la presencia de I3, y por lo tanto, de I1 e I2b. Tampoco hay dudas de que cree en la existencia de I2a, como hemos visto al revisar su Tesis II. Pero ¿qué sucede respecto a I4? Éste es el punto más interesante: si Guastini afirma I4, lógicamente afirmará también I5, y por lo tanto, adoptará la posición más radicalmente escéptica posible respecto al derecho (sostendrá que el derecho está globalmente indeterminado); si en cambio niega I4, suscribirá I6 y considerará que el derecho está sólo parcialmente indeterminado¹⁶. Es decir, la cuestión consiste en descubrir si Guastini suscribe I5 o I6, si cree que en el derecho existen casos fáciles (*easy cases*) y casos difíciles (*hard cases*), o si por el contrario considera que todos los casos están indeterminados; y eso dependerá en todo caso de si afirma la existencia de I4.

En “Dalle fonti alle norme”, Guastini afirma que “[se] puede aceptar fácilmente la idea de la zona de penumbra en cuanto teoría del significado, pero esto no implica sostener que existen casos (“claros”) en los cuáles los jueces no disponen de ninguna discrecionalidad interpretativa. () El punto es, simplemente, el siguiente: ¿quién decide si un caso cae en la ‘zona de luz’ o en la ‘zona de penumbra’? ¿Quién traza los límites entre las dos áreas? Los jueces, obviamente. Esto es, los jueces poseen discrecionalidad no sólo cuando deciden la solución de una controversia que cae en la ‘zona de penumbra’, sino también cuando deciden si una controversia cae o no en la ‘zona de luz’. (). En otras palabras, *la penumbra misma es el resultado de la discrecionalidad de los intérpretes*”¹⁷.

La posición de Guastini es escéptica respecto del lenguaje jurídico en el que están expresadas las disposiciones normativas. En el lenguaje normativo en general (no sólo el jurídico), a diferencia de en el lenguaje natural, no podemos identificar objetivamente casos claros de significado que estén más allá de toda duda: el intérprete del lenguaje normativo tiene, en consecuencia, la libertad de atribuir significado a las

¹⁶ Y entonces ya no podría ser calificado de escéptico, en el uso habitual del término, puesto que otros autores positivistas como H.L.A. Hart admiten la existencia de este tipo de indeterminación parcial y no son considerados escépticos por ello.

¹⁷ Guastini (1992), “Trama aperta, scienza giuridica, interpretazione”, Capítulo VIII, pp. 115-116. La cita está traducida del original. La cursiva es mía.

formulaciones normativas. Una particularidad interesante de la teoría de Guastini es que su escepticismo ante el lenguaje normativo no deriva de una posición escéptica general ante todo lenguaje, sino que, con respecto al lenguaje natural, defiende la posibilidad de identificar casos claros determinados por los usos habituales de las palabras¹⁸. Pero dejando ahora al margen si es o no plausible la posición de Guastini al diferenciar la interpretación del lenguaje natural común de la del lenguaje normativo jurídico, lo cierto es que dicho autor niega la posibilidad de que el derecho establezca soluciones únicas y no controvertidas ni siquiera para algunos casos. Un caso claro lo es porque un intérprete, en este caso el juez, así lo ha decidido. Pero eso no nos permite afirmar que el derecho determina al menos algunas veces una única y clara solución a un caso. Puesto que el juez siempre posee discrecionalidad a la hora de interpretar los términos de las disposiciones normativas, no podremos afirmar que el derecho esté determinado, ni siquiera parcialmente.

Por otra parte, esta conclusión está ya contenida en la tercera tesis de Guastini, revisada anteriormente. Puesto que la interpretación que hacen los jueces tiene que ver con una estipulación de significado o decisión de elección de significado y no con una labor cognoscitiva; y puesto que dicha estipulación o elección no puede estar sometida a ningún criterio normativo superior que limite la discrecionalidad judicial, tendremos que asumir que el derecho está globalmente indeterminado (15). Es importante insistir en que, en el esquema de Guastini, no podemos encontrar ningún meta-criterio que resuelva el problema de la discrecionalidad. Como ya hemos visto anteriormente, si el derecho quiere regular la actividad interpretativa de los jueces para limitar su discrecionalidad, deberá hacerlo a través de una disposición normativa. Pero dicha disposición normativa deberá ser interpretada, a su vez, por los mismos jueces, así que no reduciría su discrecionalidad. En consecuencia, un meta-criterio semejante no puede ser jurídico¹⁹.

¹⁸ Ver la respuesta de Guastini a Carrió en Guastini (1992), p.116; y también Guastini (1999b), p.279.

¹⁹ Podría defenderse la existencia de un meta-criterio de carácter moral. Pero esta solución tampoco sería satisfactoria por al menos dos razones. La primera es que nos pondría en serios apuros si es que queremos seguir sosteniendo la tesis positivista clásica de la separación conceptual entre moral y derecho, ya que para que el derecho estuviera como mínimo parcialmente determinado necesitaríamos recurrir a pautas morales. La segunda razón, y me parece del todo

Pero esto nos lleva entonces a identificar una cuarta tesis. Ignoro si Guastini la ha enunciado explícitamente en alguna de sus publicaciones, pero en cualquier caso, se deriva de las tesis anteriores.

Tesis IV: El derecho se halla globalmente indeterminado. Es decir, en ningún caso particular nos ofrece una, y sólo una, solución jurídica. Las soluciones a cada caso concreto son las que discrecionalmente decide el juez que ha interpretado y aplicado el derecho.

Esta tesis radical sitúa a Guastini en el extremo del escepticismo jurídico. En “Due esercizi di non-cognitivismo”, afirma que según el no-cognoscitivismo que él suscribe, no podemos creer que el intérprete intenta *conocer* el significado de las disposiciones jurídicas, porque ese significado es una norma y las normas no son susceptibles de ser conocidas, sólo pueden conocerse los hechos. Lo que no dice en ese texto es que en realidad esas normas ni siquiera existen según su comprensión de lo que es el derecho, por lo menos no existen en el sentido en el que las piensan los cognoscitivistas, como prescripciones generales anteriores a cualquier decisión judicial sobre un caso concreto.

Pero, ¿hasta dónde nos conduce esta posición? Si observamos la realidad de nuestros tribunales, parece que los jueces, cuando resuelven casos particulares, buscan la solución a dichos casos en las disposiciones normativas jurídicas, en las razones jurídicas apuntadas por Leiter. Sin embargo, que se comporten así, según la comprensión de Guastini, es una cuestión meramente voluntaria. No tienen en absoluto ninguna obligación de hacerlo, puesto que como ya hemos visto, una obligación semejante debería estar expresada en alguna disposición normativa, y ésta debe ser interpretada por los mismos jueces. Los jueces pueden, en definitiva, resolver los casos como quieran.

Tesis V: El derecho no es más que lo que lo jueces²⁰ deciden aplicar al resolver casos particulares. En consecuencia, los jueces deciden qué

concluyente, es que un criterio moral de este tipo, debería estar expresado en lenguaje normativo, es decir, en una disposición normativa de tipo moral. Y por estar expresada en lenguaje normativo padecería los mismos problemas de indeterminación que las disposiciones normativas jurídicas. Con la dificultad añadida de que dicha disposición normativa no constaría por escrito, y nos resultaría muy difícil identificarla con precisión.

²⁰ No utilizo aquí el término ‘juez’ en sentido normativo: aquella persona habilitada por una norma jurídica para desempeñar ciertas funciones de aplicación del derecho a casos particulares. Creo que este sentido del término no podría ser utilizado por un realista consecuente, a riesgo de caer en una circularidad argumentativa. Utilizo ‘juez’ en un sentido descriptivo y muy

es derecho, dan contenido al derecho, crean derecho, no sólo en algunos casos problemáticos para los que el derecho no ha determinado una solución, sino en todos los casos particulares. Y una vez creado, lo aplican.

Pero esta tesis V nos conduce a una explicación de ciertos hechos de la realidad bastante contraintuitiva. Por ejemplo, cuando los abogados acuden a los tribunales a velar por los intereses de sus clientes en un caso determinado, siguen ciertas pautas de comportamiento (las que derivan de las normas procesales) semejantes a las reglas de un juego, únicamente porque así lo quiere el juez, y no porque estén prescritas por una norma jurídica preexistente. Y construyen sus alegatos sobre la base de ciertos textos (disposiciones jurídicas) cuando en realidad lo que digan esos textos poco importa, porque el juez puede resolver el caso como quiera. Construyen en fin sus alegatos, argumentando *en base a derecho*, cuando en realidad difícilmente podrían hacerlo así, dado que no pueden saber qué es derecho hasta que el juez no haya resuelto el caso.

Y por último, resulta que la labor de los juristas no debe ser ya la de comentar las disposiciones normativas, pues éstas son poco importantes como hemos visto, ni la de analizar el lenguaje en el que están expresadas, sino que solamente pueden dedicarse a observar, describir, e incluso predecir la forma en que los jueces efectivamente resuelven los casos particulares. Deben hacer, en definitiva, sociología jurídica de las resoluciones judiciales. Si la realidad es tal y como la describen los realistas, eso es lo único que puede tener algún interés científico.

Una vez caracterizado el escepticismo de Guastini, propongo a continuación revisar los efectos que se derivan de sostener dicha posición para el liberalismo y la democracia.

2.—Liberalismo y escepticismo ante el derecho

La pregunta concreta que nos podemos formular es la siguiente: ¿hay algún tipo de incompatibilidad entre escepticismo jurídico y liberalis-

amplio: aquella persona que efectivamente resuelve casos particulares creando normas jurídicas mediante sus decisiones. Éste sería más o menos el sentido en el que debería usarlo un realista. Aunque tampoco carece de problemas. Porque, muy brevemente, ¿cómo distinguiríamos la figura del juez así definida, de la de un árbitro por ejemplo, o más simplemente, de la de un amigo que intenta resolver la disputa entre otros dos amigos? ¿Qué es lo que de forma relevante distinguiría estos casos entre sí?

mo, y en consecuencia, no puede un escéptico ante el derecho como Guastini sostener coherentemente una concepción liberal del estado?

En primer lugar debemos preguntarnos si la teoría escéptica o no-cognoscitivista del derecho es una teoría únicamente descriptiva o también normativa. Y esta no es una cuestión sencilla. Por una parte, Guastini probablemente diría que su teoría sólo pretende reconstruir cómo se comportan los jueces y dar cuenta de cómo es el lenguaje normativo y que, por lo tanto, se trata en ambos casos de una teoría descriptiva. Sin embargo eso no está tan claro. Para que así fuera, su teoría debería partir de ciertos estudios empíricos (sociológicos) acerca de cómo se comportan efectivamente los jueces y acerca de qué es lo que ellos creen que hacen en sus funciones. Y parece que ése no es el punto de partida de Guastini²¹. En cualquier caso, debido a la complejidad de esta cuestión, trataré de soslayarla.

Admitamos que su teoría es puramente descriptiva. Si esto es así, y dado que la concepción liberal del estado es claramente normativa y no descriptiva, no es posible *prima facie* que las dos teorías sean incompatibles lógicamente o conceptualmente, porque se mueven en dos planos del discurso distintos. No obstante, trataré de demostrar que en realidad sí existe una incompatibilidad lógica entre ellas (*Tesis F*); y que, con independencia de que sea o no plausible esta primera conclusión, en cualquier caso también existe una inconsistencia pragmática en quien las sostenga conjuntamente (*Tesis D*).

El concepto de liberalismo es un concepto complejo, porque se ha utilizado frecuentemente para designar una gran variedad de posiciones teóricas distintas acerca del estado y porque además se trata de un término vago, ambiguo y con una carga emotiva fuerte. Para evitar cualquier tipo de controversias, caracterizaré una versión mínima del liberalismo que incluya los valores compartidos por todos o al menos por la mayoría de los autores considerados liberales. Creo que cualquier liberalismo adoptaría como *core values* de su concepción al menos estos tres: el principio de la separación de poderes, el principio del estado de

²¹ Por otra parte, tengo la intuición de que los jueces, incluso los jueces de los tribunales supremos y constitucionales, tienen la creencia cuando interpretan el derecho de que están intentando descubrir (conocer) la respuesta predeterminada por el propio derecho, y además la creencia de que tienen la obligación de hacerlo así. Y que, en cualquier caso, el derecho está formado por normas jurídicas que ellos deben aplicar, aun cuando esté parcialmente indeterminado, y que para nada dependen dichas normas de una decisión suya arbitraria o discrecional.

derecho y la protección ante cualquier injerencia vertical u horizontal de ciertos derechos individuales correspondientes a todo ciudadano²².

No es sencillo definir exactamente el contenido del principio de separación de poderes, porque tampoco aquí los autores comúnmente considerados liberales están en completo acuerdo. Por eso recurriré a la versión clásica de Montesquieu²³. Según ésta, los tres poderes básicos del estado son: el poder legislativo (creación de normas jurídicas generales), el poder judicial (aplicación de dichas normas jurídicas a casos concretos) y el poder ejecutivo (ejecución de las sentencias judiciales y ciertas funciones de organización y protección del Estado y de la seguridad). Estos tres poderes, según el principio en cuestión, deben residir en órganos distintos e independientes entre sí.

Sin entrar en detalle, es evidente que según la teoría escéptica del derecho, como hemos visto, los poderes legislativo y judicial están *necesariamente* en manos del mismo órgano, en este caso, los jueces. El órgano que se encargue de aplicar el derecho es el que debe interpretar las disposiciones jurídicas fuentes del derecho, y por ende, es el que crea las normas jurídicas en sentido estricto. Por eso he dicho que *necesariamente* confluyen ambos poderes en un mismo órgano. Aunque esta teoría sea sólo descriptiva, no está describiendo únicamente cómo funciona actual y contingentemente la interpretación judicial. Guastini cree que el lenguaje normativo posee ciertas propiedades específicas que son las que generan su propio escepticismo. Y dichas propiedades son inherentes a dicho lenguaje normativo. Por lo tanto, lo que están describiendo es una realidad, pero en todo caso, una realidad inalterable (necesaria) a los efectos que ahora nos interesan. Por otra parte, parece que el poder ejecutivo pierde toda independencia del poder judicial, ya que es éste el que crea las normas jurídicas que regulan sus funciones y el que debe juzgar los casos que se planteen en este ámbito²⁴. Podemos

²² Una injerencia es vertical cuando procede de los órganos del estado, y horizontal cuando procede de otros ciudadanos.

²³ Ver Montesquieu (1985).

²⁴ Es interesante preguntarse si el poder ejecutivo, en cuanto ejecutor de las sentencias judiciales, tiene una discrecionalidad absoluta a la hora de interpretar dichas sentencias (que no dejan de ser formulaciones normativas particulares, es decir, textos que deben ser interpretados). En otras palabras, si el mismo escepticismo que lleva a los realistas a decir que el derecho es en realidad lo que quieren los jueces, puede trasladarse a la fase posterior de ejecución de las sentencias, y debemos concluir entonces que el derecho es en realidad lo que quieren los ejecutores de sentencias, en este caso la policía u otros órganos de la Administración. De todas maneras, no me ocuparé aquí de esta hipótesis.

afirmar, por lo tanto, que los tres poderes señalados por Montesquieu confluyen directa o indirectamente en el mismo órgano: judicial. Como vemos, el principio de la separación de poderes es inaplicable si el derecho es tal y como los escépticos piensan.

Por otra parte, la concepción liberal del Estado exige que los ciudadanos sean tratados de forma igualitaria e imparcial. Eso es precisamente lo que se persigue a través del principio del estado de derecho. Y uno de sus elementos principales es el principio de seguridad jurídica. Según este principio, los ciudadanos deben ser capaces de predecir el signo de las decisiones judiciales. Precisamente por esta razón, se cree necesario que las normas jurídicas sean generales, claras, precisas y preexistentes²⁵. Pero si el derecho es tal y como lo describen los realistas, es obvio en primer lugar, que las normas jurídicas no pueden ser generales, así como tampoco pueden ser preexistentes²⁶ (y en consecuencia tampoco claras y precisas)²⁷. Con respecto a la predictibilidad también tengo mis dudas. Es cierto que contingentemente los jueces de un determinado estado pueden tomar decisiones bastante uniformes, y por lo tanto, éstas pueden ser predichas con facilidad. No obstante, dicha uniformidad será, como he dicho, contingente, y la predictibilidad, en consecuencia, será altamente inestable. Si la protección de los valores que acabamos de examinar es una propiedad definitoria del concepto de estado de derecho, entonces en un mundo como el descrito por el escepticismo jurídico no se puede llevar a cabo tal estado de derecho.

²⁵ De ahí se derivan los principios de taxatividad, de generalidad de las leyes, y de no retroactividad.

²⁶ Un realista podría argumentar que el hecho de que sean los jueces los que crean derecho, es decir, las normas jurídicas, no impide que dichas normas sean generales. El juez podría crear una norma general para un caso, y aplicarla después a todos los casos semejantes. Sin embargo, este realista se estaría olvidando de que necesariamente el juez crea una norma para cada caso concreto, que nunca puede ser preexistente (a causa de las tesis acerca de la interpretación que ya conocemos) y en consecuencia tampoco puede ser general. El hecho de que dos jueces resuelvan de la misma manera dos casos similares no indica, en el esquema del escepticismo, que estén aplicando una misma norma preexistente y vinculante, sino sólo que de forma contingente han coincidido en la creación de la norma que van a aplicar.

²⁷ Ronald Dworkin había anticipado una conclusión parecida en Dworkin (1977), capítulos 2, 3 y 4. Según este autor, toda teoría positivista del derecho, en la medida en que reconoce la existencia de 'hard cases', y concede discrecionalidad al juez para resolver dichos casos creando normas particulares *ex post* a los hechos que están siendo juzgados es incompatible con el estado de derecho tal y como lo entendemos. Y, *a fortiori*, también lo es la teoría escéptica del derecho, puesto que incluso se cuestiona la existencia de 'easy cases', y por lo tanto el espacio para la discrecionalidad judicial es mayor.

Por último, veamos lo que sucede con respecto a la protección de los derechos individuales. Según los liberales, todo individuo goza de ciertos derechos inherentes a su persona. Esos derechos trazan una línea pretendidamente definida entre el ámbito privado y el ámbito público del ciudadano. El ámbito privado está regido por la plena autonomía de cada individuo, y debe quedar resguardado de cualquier abuso, pro venga del mismo estado o de otros ciudadanos. Aquí el problema surge porque, de nuevo, el órgano que debe velar por la protección de dichos derechos aplicando las normas jurídicas que los contienen, es el órgano judicial. Son los jueces los que interpretarán las disposiciones que recojan estos derechos y los que crearán en definitiva la norma jurídica aplicable al caso, y por lo tanto, no se hallan conceptualmente limitados por este tipo de derechos. Los jueces pueden proteger o dejar de proteger los derechos individuales en virtud de la discreción de la que disfrutan, y pueden perfectamente respetar esos derechos en algunos casos concretos y no respetarlos en otros. La inseguridad al respecto sería enorme²⁸.

Hemos visto cómo la teoría escéptica de Guastini describe un mundo en el que resulta imposible implementar buena parte de los principios fundamentales del liberalismo. Si la realidad es tal y como ésta la describe, entonces el liberalismo supone una concepción del estado irrealizable. Siendo así, y si aplicamos la conocida cláusula kantiana del *debe implica puede*²⁹, es decir, si entendemos que para que algo sea obligatorio (o normativamente correcto) debe ser posible de realizar, entonces tendremos que concluir (aplicando un *modus tollens*) que el liberalismo no es admisible conceptualmente. Dicho de otra manera, *existe una incompatibilidad lógica o conceptual entre escepticismo jurídico y liberalismo (Tesis F1)*.

²⁸ Es cierto que bajo el esquema del normativismo (combinado con el liberalismo), en el que el poder legislativo reside en un órgano distinto al judicial, normalmente un Parlamento, tampoco dicho órgano se halla conceptualmente limitado por tales derechos antes de que los haya instituido normativamente. Sin embargo, cuando en ese esquema damos cabida al principio de estado de derecho (que si es compatible con el normativismo), es evidente que resulta mucho más sencillo proteger los derechos individuales cuando las normas en las que se instituyen jurídicamente son entendidas como generales, preexistentes, y vinculantes para todos los poderes públicos, incluidos el mismo Parlamento.

²⁹ El mismo principio está contemplado por el principio general del derecho “*Ad impossibilia nemo tenetur*”.

No obstante, la validez lógica de la cláusula kantiana ha sido puesta en duda por diversos autores³⁰, así que mi *Tesis F1* puede ser en ese caso bastante controvertida. No estoy en situación ahora de defender la aplicación lógica de dicha cláusula, y por esa razón, ofrezco una segunda tesis, más débil, para los que no acepten el *debe implica puede: existe una inconsistencia pragmática entre escepticismo jurídico y liberalismo, de manera que quien sostiene una teoría escéptica del derecho no puede a la vez pretender implementar una concepción liberal del estado, a riesgo de ser inconsistente pragmáticamente (Tesis D1)*.

3.-Democracia y escepticismo ante el derecho

Las teorías de la democracia, esto es, las teorías que defienden que la democracia es el tipo de gobierno más justificado desde un punto de vista político-moral, también son teorías normativas, igual que lo es el liberalismo. Por lo tanto, valen las mismas consideraciones realizadas en el punto anterior. Y también con respecto a estas teorías formularé una tesis fuerte (*Tesis F2*) y una débil (*Tesis D2*), equivalentes a las anteriores.

El concepto mismo de democracia, como bien han mostrado diversos autores, es a la vez descriptivo y normativo³¹. Por una parte, lo utilizamos para designar determinados gobiernos actuales reales y, en consecuencia, conociendo sus propiedades definitorias, nos sirve para identificar ciertos estados de cosas. Así, decimos que España es hoy una democracia, mientras que no lo era hace cuarenta años. Pero también lo usamos como ideal regulativo (normativo) que nos indica las carac-

³⁰ Como explica claramente von Wright, si el *debe implica puede* se interpreta como que los hechos de la realidad determinan lo que está prescrito normativamente, entonces se viola la ley de Hume de la separación entre el ser y el deber ser, se comete la celebre falacia naturalista. Una manera de sortear este peligro es considerar el 'debe implica puede' como un requisito conceptual de admisibilidad de obligaciones o deberes. Esa me parece una reconstrucción sensata. En mi concepto de obligación incluyo el requisito de que dicha obligación se refiera a una acción posible de realizar. Si yo no puedo empíricamente estar en dos lugares distintos al mismo tiempo, entonces tampoco puedo tener la obligación de hacerlo, por razones conceptuales. Ver von Wright (1963), cap. VII. Sin embargo, algunos autores, entre los que probablemente figure Guastini, seguirán sin aceptar que exista algún tipo de incompatibilidad lógica o conceptual entre una teoría normativa y otra descriptiva.

³¹ Ver, por ejemplo, Sartori (1962).

terísticas que deben cumplir nuestros gobiernos para estar más justificados político-moralmente³².

Evitaré entrar en una determinación precisa y exhaustiva de lo que entendemos por democracia, porque sería demasiado complejo y controvertido hacerlo aquí. Me fijaré sin embargo en un elemento mínimo esencial de toda teoría de la democracia, que a la vez es el más interesante para mis propósitos. Me parece que, de forma muy elemental, por democracia podemos entender aquel gobierno en el que las decisiones políticas (esto es, las decisiones de carácter colectivo que deben regular la vida de los ciudadanos que residen bajo el ámbito de dicho gobierno) son tomadas directa o indirectamente por todos los ciudadanos³³. La forma de vehicular dichas decisiones es principalmente (aunque no únicamente) la de la legislación general. El pueblo o *demos* es el que debe ejercer el poder legislativo, porque en él reside la soberanía para ejercerlo. Es por lo tanto el pueblo, directa o indirectamente, el único legitimado para crear normas jurídicas que regulen el comportamiento de todos.

Podríamos convenir en que hay aún otras propiedades definatorias del concepto de democracia, como por ejemplo que cuando la unanimidad es inalcanzable en la toma de decisiones (lo que ocurre en todos los casos), se debe recurrir a una votación y a la regla de mayoría, o que la participación de todos los ciudadanos debe ser valorada exactamente igual (es decir, que el gobierno no puede discriminar entre unos ciudadanos y otros, y por eso cada uno debe tener los mismos votos que los demás), etc. Pero no es necesario ahora definir cada una de ellas.

Volvamos a la primera idea. Como he dicho, es el pueblo el único habilitado para producir legislación, es el único creador legítimo de normas jurídicas. Ya hemos visto también que según la teoría escéptica del derecho, los poderes legislativo y judicial residen *necesariamente* en el mismo órgano, en los jueces. Esto, de momento, no es aún nin-

³² Para comprender bien la idea de ideal regulativo, ver Weber (1990), p. 79. Para esta misma idea aplicada a la democracia, ver Ross (1952), Nelson (1980), Nino (1996).

³³ El conjunto de dichos ciudadanos forman el pueblo o *demos*. Aunque la determinación precisa de quién es ciudadano y quién no es bastante controvertida, considero que al menos una mayoría más o menos amplia de los habitantes del estado correspondiente deben ser considerados ciudadanos para que podamos designar a su sistema de gobierno como una democracia. Parece contraintuitivo que un estado en el que sólo sean considerados ciudadanos un 10% de los ciudadanos, por ejemplo, sea calificado como estado democrático.

gún inconveniente, siempre que ambos poderes sigan residiendo en el pueblo. Para que así fuera, las decisiones legislativas, y en este caso también judiciales, deberían ser tomadas directa o indirectamente por todos los ciudadanos. Veamos si esto es posible.

La hipótesis de que dichas decisiones sean tomadas directamente por todos los ciudadanos es tan absurda que ni siquiera me detendré a examinarla. Es imposible empíricamente articular un sistema político así, dado el tamaño de nuestras sociedades. Nos queda, por tanto, la posibilidad de que los jueces ejerzan de representantes del pueblo en su soberanía para crear normas jurídicas; es decir, la posibilidad de articular una democracia representativa-judicial. Pero para que dicha posibilidad sea viable, debemos definir antes una noción de representación política aceptable, que sea aplicable a la relación existente entre jueces y ciudadanos.

La teoría de la representación política es un terreno ciertamente muy complejo, por lo que tampoco puedo aquí explorar exhaustivamente todas las posibilidades que ofrece³⁴. Como es sabido, algunas concepciones de la representación defienden que la relación de dependencia entre representante y representado debe ser más o menos intensa. Es decir, algunas teorías consideran que el representante debe estar completamente vinculado por las preferencias de sus representados, como la de John Stuart Mill³⁵, y otras, en cambio, afirman que el representante debe ser lo suficientemente independiente como para ejercer su cargo con eficacia, como la de Edmund Burke³⁶, o más aún, la de Thomas Hobbes³⁷.

No voy a entrar en la discusión interna de dichas concepciones, pero en cualquier caso, toda teoría moderna de la representación debe admitir que el representante ha de ser en algún grado independiente, y en algún grado dependiente, de sus representados. Trazando una línea continua imaginaria entre dependencia total e independencia total del representante, diríamos que los dos extremos escapan al alcance del con-

³⁴ Dos excelentes trabajos que abordan el tema de la representación política desde perspectivas distintas, son Manin (1997), que muestra la evolución de la representación desde una perspectiva histórica, y Pitkin (1967), un exhaustivo trabajo analítico entorno al propio concepto de representación.

³⁵ Ver Mill (1985).

³⁶ Ver Burke (1984).

³⁷ Ver Hobbes (1968).

cepto moderno de representación, mientras que todos los puntos intermedios entre estos dos extremos, marcarían diseños distintos y posibles de la relación de representación.

La concepción clásica que defiende una dependencia mínima entre representante y representado es la de Thomas Hobbes. El representante, el soberano en este caso, tiene la obligación de velar por los intereses de sus representados. Así, por ejemplo, debe garantizar la paz y el orden dentro de las fronteras del Estado. Sea cuál sea el contenido mínimo de dichas obligaciones, es evidente que éstas deben estar prescritas por una norma jurídica. Lo que nos muestra cómo la relación de representación no puede ser otra cosa que normativa.

En el caso de Burke, la cosa es aún más clara. Para este político inglés, los representantes deberían estar prácticamente desvinculados de las preferencias de sus representados, excepto en dos ámbitos. Por una parte, los representantes tienen la obligación de velar por los intereses de sus representados (en Burke se ve más claramente que en Hobbes). Y en segundo lugar, los representantes deben ser elegidos democrática y periódicamente por los ciudadanos. Y es en esas elecciones donde dichos ciudadanos tienen la oportunidad de sancionar el comportamiento de los anteriores representantes. De nuevo, la regulación de los procesos electorales y de las obligaciones de los ciudadanos elegidos, debe hacerse a través de normas jurídicas. Y a medida que examinamos concepciones en las que la relación de dependencia se va estrechando más, mayor es la evidencia de que la relación de representación debe estar regulada mediante normas jurídicas. Para que haya una relación de representación política, en cualquiera de sus versiones, debe existir una norma jurídica previa que la fundamente.

Y aquí se nos vuelve a plantear el mismo escollo. Nuestra hipotética democracia judicial representativa (realista jurídica) se encuentra con graves problemas conceptuales, porque es circular decir que los jueces son representantes legítimos del pueblo, en virtud de una norma jurídica que regula dicha relación de representación. Es circular porque esa norma jurídica mencionada sólo puede haber sido creada por los mismos jueces. Sólo ellos, según la teoría escéptica radical, son creadores de normas jurídicas. Si esto es así, además de que la relación de representación es efectivamente normativa y la democracia implica al menos que sea el pueblo el que detente directa o indirectamente la legitimidad

de crear normas jurídicas, la democracia no puede implementarse en la práctica³⁸.

Aplicando de nuevo la cláusula kantiana del *debe implica puede*, debemos concluir que *existe una incompatibilidad lógica o conceptual entre escepticismo jurídico y democracia (Tesis F2)*. Y ante quien no acepte la aplicación de dicha cláusula cabe afirmar, como en el apartado anterior, que al menos *existe una inconsistencia pragmática entre escepticismo jurídico y democracia, de manera que quien sostiene una teoría escéptica del derecho no puede a la vez pretender implementar un sistema de gobierno democrático, a riesgo de ser inconsistente pragmáticamente (Tesis D2)*.

4.-Conclusiones

En este trabajo he intentado mostrar cómo una posición escéptica ante el derecho como la de Guastini es incompatible lógica o conceptualmente, o al menos inconsistente pragmáticamente, con la implementación de cualquier concepción liberal del Estado y de cualquier teoría de la democracia (*Tesis F 1 y 2, y Tesis D 1 y 2*). En definitiva, sea a causa de las *Tesis F*, o a causa de las *Tesis D*, un realista jurídico consistente y sensato no puede pretender que implantemos un modelo liberal de estado, ni un sistema democrático de gobierno. Los efectos de *F* y *D* son para este caso los mismos. Y en este sentido, el realismo jurídico supone una amenaza para el liberalismo y la democracia.

Se podría replicar a esto que, en cualquier caso, no es culpa de los realistas que las cosas sean como son, y que si nuestras conclusiones son ciertas, y debemos abandonar cualquier pretensión liberal o democrática, es porque realmente no hay posibilidad de materializarlas con éxito. No obstante, prefiero pensar que aún queda una vía abierta al optimismo.

El realismo jurídico, entendido como una teoría descriptiva, parte de determinados axiomas, que precisamente por ser axiomas, son indemostrables empíricamente. Algunos de ellos son, por ejemplo, que el lenguaje normativo jurídico es distinto al lenguaje natural descriptivo; que

³⁸ Dworkin también apuntó la incompatibilidad entre nuestra teoría de la democracia y la teoría positivista del derecho. Y *a fortiori* con la teoría escéptica. Ver Dworkin (1977).

esa especificidad hace que sea imposible entender la interpretación de dicho lenguaje como una tarea cognoscitiva, y por lo tanto, en algún sentido, objetiva, o que, como dice Guastini, es imposible tener conocimiento de normas jurídicas, porque las normas jurídicas, como entes, no existen³⁹.

Asumamos por el momento, *in arguendo*, que tanto el realismo jurídico o no-cognoscitivismo como el normativismo jurídico o cognoscitivismo son teorías descriptivas del derecho plausibles. Como toda teoría descriptiva, incluso las que gozan de mayor prestigio, como las de la física, parten de determinados axiomas. Y la elección de estos axiomas no puede ser en ningún caso racional. Mejor dicho, en dicha elección no podemos recurrir a ninguna racionalidad sustantiva. Ningún axioma es intrínsecamente mejor que otro. Ante esto nos quedan dos posibilidades. O rendirnos a la elección irracional de axiomas o elegir los axiomas que produzcan mejores consecuencias, es decir, recurrir a una racionalidad instrumental.

En virtud de tal racionalidad instrumental, podríamos elegir los axiomas de la teoría que permita explicarnos la realidad de manera que sea más compatible con nuestras intuiciones. De hecho, se suele operar así en el ámbito científico. Y ya hemos visto que la teoría escéptica describe una realidad que parece bastante contraintuitiva. Y ésa es por lo tanto una razón para rechazar sus axiomas y para rechazar la teoría misma. De todas maneras, la intuición es una sensación psicológica subjetiva, y por lo tanto la propiedad de alguna cosa de ser intuitiva o contraintuitiva también lo es. Por eso un realista podría replicar que a él su reconstrucción del mundo le parece muy intuitiva. Por lo tanto, cuando las intuiciones acerca de la realidad no son suficientemente compartidas, no es útil guiarse por este criterio instrumental.

Pero existe aún otra manera de elegir instrumentalmente los axiomas: elegirlos por la compatibilidad de las teorías que fundamentan con otras teorías que nos parecen aceptables. En este caso, hemos visto que la teoría escéptica es incompatible (o al menos inconsistente pragmáticamente) con el liberalismo y la democracia (ambas teorías normativas que nos parecen muy aceptables por lo general); mientras que el normativismo es, *prima facie*, compatible con ellas. Si esto es así, tenemos una

³⁹ Ver Guastini (1999b), p. 279.

nueva razón para rechazar los axiomas de los que parte el escepticismo, y en definitiva, para rechazar el escepticismo en sí.

He intentado en este artículo, con motivo de la publicación de *Distinguiendo*, retomar el debate entre normativismo y realismo, tratando de enriquecerlo con la aportación de un nuevo punto de discusión, el de las consecuencias que tiene adoptar una posición escéptica con respecto a ciertas teorías políticas que consideramos valiosas. En cualquier caso, éste es sólo un pequeño punto en el contexto de esta interesante obra, que como todo trabajo de profundidad, ofrece muchas más posibilidades de discusión. Y así, discutiendo, mantenemos la esperanza de alcanzar algún día el acuerdo sobre la verdad de las cosas.

BIBLIOGRAFÍA

- Atienza, Manuel (1990), "For a Theory of Legal Argumentation", *Rechtstheorie*, 26, pp. 393-414.
- Burke, Edmund (1984), *Textos políticos*, traducción castellana de Vicente Herrero, México, FCE.
- Dworkin, Ronald (1977), *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth (traducción castellana de Marta Gustavino: *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989).
- Guastini, Riccardo (1992), "Dalle fonti alle norme", *Analisi e Diritto*, Serie Teorica 1, G.Giappichelli editore.
- _____, (1999a), *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, traducción castellana de Jordi Ferrer Beltrán, Barcelona, Gedisa.
- _____, (1999b), "Due esercizi di non-congnitivismo", *Analisi e Diritto*, pp. 277-280.
- Hobbes, Thomas (1968), *Leviathan*, edición de C.B. Macpherson, Harmondsworth, Penguin (traducción castellana de Carlos Mellizo: Madrid, Alianza Editorial, 1989).
- Leiter, Brian (1995a), "Legal Indeterminacy", *Legal Theory*, 1, pp. 481-492.

- _____, (1995b), “Legal Realism”, en Dennis Patterson (ed.), *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell.
- Manin, Bernard (1997), *The Principles of Representative Government*, Cambridge, Cambridge University Press (traducción castellana de Fernando Vallespín: *Los principios del gobierno representativo*, Madrid, Alianza, 1998).
- Mill, John Stuart (1985), *Del gobierno representativo*, traducción castellana de Marta C.C. de Iturbe, Madrid, Tecnos.
- Montesquieu, Charles de Secondat, barón de (1987), *Del espíritu de las leyes*, traducción castellana de Mercedes Blázquez y Pedro Vega, Madrid, Tecnos.
- Nelson, William (1980), *On Justifying Democracy*, Londres, Routledge & Kegan Paul (traducción castellana de Marta Gustavino: *La justificación de la democracia*, Barcelona, Ariel, 1986).
- Nino, Carlos S. (1996), *The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press (traducción castellana de Roberto P. Saba: *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997).
- Pitkin, Hannah Fenichel (1967), *The Concept of Representation*, Berkeley, University of California Press (traducción castellana de Ricardo Montoro Romero: *El concepto de representación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1985).
- Ross, Alf (1952), *Why Democracy?*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press (traducción castellana de Roberto J. Vernengo: *¿Por qué democracia?*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989).
- Sartori, Giovanni (1962), *Democratic Theory*, Detroit, Wayne State University Press (traducción castellana de S. Sánchez González: *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza Editorial, 1988).
- Weber, Max (1990), “La ‘objetividad’ cognoscitiva de la ciencia social y de la política social”, en *Ensayos sobre metodología sociológica*, traducción castellana de José Luis Etchevarry, Buenos Aires, Amorrortú.
- Wright, G.H. von (1963), *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul (traducción castellana de P. García Ferrero: *Norma y acción*, Madrid, Tecnos, 1979).