

JUAN RUIZ MANERO

*Aclarar lo que, una vez aclarado, resulta obvio.
Sobre Del Diritto Inesistente, De Mario Jori**

1. Quisiera empezar agradeciendo a Anna Pintore y al propio Mario Jori su invitación para participar en este acto. Presentar un libro de Mario Jori, junto con colegas tan estimados como los que están hoy aquí, es para mí algo muy agradable, entre otras cosas porque Mario Jori, los escritos de Mario Jori, me han acompañado desde que me inicié en estos estudios nuestros de teoría del Derecho. De hecho, el libro de Mario *Il metodo giuridico tra scienza e politica*¹ de 1976 fue uno de los primeros libros de teoría del Derecho que leí, cuando este libro acababa de salir y yo tenía veinticinco años. De este primer libro de Mario aprendí las primeras cosas que supe sobre Olivecrona, sobre Ross, sobre Scarpelli. “Las primeras cosas que supe” debe entenderse en sentido literal, y por eso no incluyo a Kelsen, Bobbio y Hart, autores de quien también se ocupaba Mario pero de quienes algo (muy poquito) sabía y

* Intervención en el seminario que, sobre el libro de MARIO JORI: *Del diritto inesistente* (Edizioni ETS, Pisa, 2010), tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cagliari el 16 de diciembre de 2011. Las referencias a este libro figuran entre paréntesis en el cuerpo del texto.

¹ MARIO JORI: *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Giuffrè, Milano, 1976

algo (muy poquito) había leído, tras haber sido introducido a ellos por el libro *Sociología y filosofía del Derecho*, de Elías Díaz², con el que nos iniciamos en la teoría del Derecho casi todos los españoles de mi generación y el primer libro que, en la España de entonces, ofrecía una panorámica puesta al día de la filosofía del Derecho contemporánea. Desde mi lectura de ese libro de Mario sobre *Il metodo giuridico* han pasado nada menos que treinta y cinco años, los que convierten a un recién llegado a la edad adulta – tenía yo entonces, como he dicho, veinticinco años – en alguien que ha cumplido ya los sesenta o sea en alguien que, para el lenguaje estadístico, pertenece ya a la tercera edad. No digo esto en absoluto con ánimo nostálgico, sino para poner de relieve la antigüedad de mi relación intelectual – relación personal hemos tenido muy poca – con Mario. Y presentar un libro de alguien que le ha acompañado intelectualmente a uno durante tanto tiempo es, por supuesto, un enorme placer.

Dividiré mi intervención – que será breve, no se preocupen – en tres partes: en la primera resumiré lo que considero aportaciones centrales del libro de Mario. En la segunda pondré de relieve cómo me hubiera venido muy bien conocer alguna de esas aportaciones al ocuparme de algunos problemas de los que me he ocupado a lo largo de estos años y en relación con algunas polémicas en las que me he metido. Finalmente, en la tercera y última parte de mi intervención, formularé alguna objeción que la lectura del libro de Mario me ha sugerido.

El libro de Mario se titula, como todos ustedes saben, *Del diritto inesistente*. Pero muy bien hubiera podido titularse, parafraseando a Moore, *Una defensa del sentido común en la teoría del Derecho*. En el bien entendido de

² ELÍAS DÍAZ: *Sociología y filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1971 y reediciones posteriores.

que no se trata de defender tesis teórico-jurídicas de sentido común, esto es, tesis más o menos triviales y que todo el mundo acepte, sino, más bien, de reivindicar el papel basilar del sentido común en un par de operaciones también basilares que, precisamente por ese carácter, los juristas tienden a dar por descontadas y aproblemáticas: la operación de identificación del área de lo jurídico y la operación de identificación del Derecho vigente³. Limitándonos por el momento a la segunda de ellas (más adelante volveremos sobre la primera), diríamos que Mario entiende la “identificación del Derecho vigente” como una operación llevada a cabo por medio del sentido común y como una operación previa y precondition de una operación distinta – ésta ya propia de juristas profesionales – de determinación de los contenidos y de los límites de ese mismo Derecho. Mario ha colocado como lema de su libro una cita de Muriel Barbery en forma de interrogante: “Comment peut-on faire ce que l’on ne comprend pas?”. Diríamos que el eje del libro viene a ser el de proporcionarnos, por medio del análisis, una comprensión de esa operación de identificación del Derecho vigente que todos, legos y juristas, hacemos todos los días no sólo sin comprender cómo la hacemos, sino sin ni siquiera ser conscientes de que la hacemos. El esclarecimiento de esta operación basilar tiene, a juicio de Mario – juicio que yo comparto – importantes consecuencias para nuestra comprensión del Derecho y de la llamada ciencia del Derecho o jurisprudencia. Veamos todo ello con la parsimonia indispensable.

³ Mario Jori habla de *identificazione* del área de lo jurídico y de *individuazione* del Derecho vigente. Pero *individuazione* no tiene aquí, a mi juicio, mejor traducción española que *identificación*. Por lo que yo hablaré tanto de ‘identificación del área de lo jurídico’ como de ‘identificación del Derecho vigente’.

Mario toma como punto de partida una historia de la que ya había echado mano en otras ocasiones: la del loco de la estación de Pavía que pretende que los trenes arrancan cuando y porque él, mediante un movimiento de su mano, les ordena hacerlo. Ciertamente, el loco era lo suficientemente cuerdo como para dar la señal de partida justamente cuando el verdadero jefe de estación hacía sonar su silbato para hacer partir los trenes. De esta manera, la conducta de los trenes – o, mejor, claro está, la conducta de los maquinistas que conducían los trenes – se encontraba en correspondencia con las órdenes del loco, no menos de lo que se encontraba en correspondencia con las órdenes del verdadero jefe de estación. Pero a pesar de esta correspondencia, el público que frecuentaba la estación no se engañaba: el loco pretendía tener los poderes del jefe de estación pero no los tenía; y el carácter infundado de esa pretensión era, precisamente, lo que le hacía merecedor de un juicio de locura. Es decir: el público entendía la pretensión del loco, esto es, tener las competencias propias del jefe de estación, sabía también que esta pretensión era infundada, y que el sostener seriamente esta pretensión infundada era síntoma inequívoco de locura. De forma que, podemos decir con palabras de Mario Jori, la reacción de los espectadores de la acción del loco se basa sobre el conocimiento de que este último “no tiene verdaderamente el *poder* que cree tener, el poder de hacer partir los trenes; de que no es la persona investida de la correspondiente autoridad (jurídica), porque no es el jefe de estación competente” (p. 16), y ello implica “un juicio convergente o colectivo inmediato de identificación del Derecho, y un conocimiento de sentido común sobre la existencia o inexistencia de una parte del Derecho”, es decir, “de la serie de normas y actos jurídicos que deberían contener su nombramiento como jefe de estación” (p. 18). En resumen: el público sabe, de un lado, qué es el Derecho, en general (y por ello comprende la

naturaleza de las pretensiones del loco) e identifica, por otro, cuál es el Derecho vigente en la sociedad considerada, lo que le permite saber con entera seguridad que el loco no tiene los poderes normativos que pretende tener.

El conjunto de esta pequeña escena muestra, sostiene Mario, que tanto la identificación general de lo que es el Derecho, la identificación del área de lo jurídico, de aquello de lo que hablamos cuando empleamos términos de la familia semántica de lo jurídico, como la identificación del Derecho vigente, del Derecho operativo en una sociedad, son operaciones que pueden afrontarse enteramente por medio de conocimientos de sentido común y en términos de lenguaje ordinario. Vale decir, sin que se requiera ningún específico conocimiento técnico-jurídico. “En el sentido común – escribe Mario – hay, pues, de algún modo, una capacidad conceptual para distinguir inmediatamente el Derecho de lo que claramente no es Derecho; además, el Derecho *tout court* se distingue también automática e implícitamente del Derecho vigente, lo que quiere decir el Derecho vigente del Derecho pasado, del Derecho del futuro, del Derecho imaginario, del Derecho utópico, en suma, del Derecho que no está vigente” (p.24). Diría que el eje central del libro de Mario está en explicar las implicaciones de se derivan para nuestra concepción del Derecho y de la llamada ciencia jurídica de esta identificación del Derecho por el sentido común. Y lo primero a tener en cuenta en este sentido es que la identificación del Derecho por parte de los juristas no presenta características peculiares en relación con la identificación del Derecho por parte del sentido común. Si los juristas pueden trabajar en lo que Mario llama la determinación de los confines del Derecho atendiendo a su sistema de fuentes es porque previamente han identificado el Derecho de manera no diversa a como lo hace el sentido común de los profanos. Si los juristas pueden utilizar los criterios que proporciona el propio

Derecho, esto es, las normas sobre fuentes, para determinar qué normas pertenecen a ese Derecho, es porque han identificado ya a ese mismo Derecho, por ejemplo, porque han decidido mirar a la Constitución italiana de 1948 y no al Corpus Iuris o al Estatuto Albertino. Y para ese mirar en una u otra dirección los juristas no poseen criterios propios, distintos de los del sentido común: de ahí que la identificación del Derecho no sea problemática, sino que se de por descontada, tanto por profanos como por juristas, en las situaciones llamadas normales: esto es, cuando el Derecho es claramente uno solo, esto es, cuando no hay más de un candidato que pretenda títulos para ocupar la plaza de "Derecho vigente". Cuando, por el contrario, nos encontramos frente a una de esas situaciones patológicas en las que, como sucede en las guerras civiles, varios candidatos exhiben títulos para ocupar tal plaza, el jurista, para fundar su opción por uno de ellos, no puede usar más que los mismos argumentos que usan todos los demás: es decir, argumentos no jurídicos sino ético-políticos (y poco importa ahora que se trate de argumentos ético-políticos genuinos o de meras racionalizaciones de intereses o de actitudes emocionales).

Sobre la base de esta identificación de sentido común los juristas llevan a cabo su tarea propia de determinar los contenidos y los confines del Derecho, para lo que atienden, en primer lugar pero no exclusivamente, al sistema de fuentes que el Derecho previamente identificado contiene. En primer lugar, pero no exclusivamente, porque la determinación por parte de los juristas de los contenidos y confines del Derecho se haya también influida por las concepciones del Derecho que los propios juristas generan. La coexistencia de múltiples concepciones del Derecho conlleva zonas de no coincidencia entre las determinaciones del Derecho llevadas a cabo atendiendo a cada una de ellas. Tales zonas de no coincidencia se suelen limitar a las zonas de elasticidad propias de cualquier concepto de sentido

común, y por ello del propio concepto de Derecho, y a los márgenes de incertidumbre que dejan las fuentes. Pues es condición necesaria para la continuidad de la práctica jurídica que haya una convergencia extensional sustancial entre el Derecho vigente identificado por el sentido común y el Derecho vigente que resulta de su determinación por parte de los juristas, así como entre las diversas determinaciones llevadas a cabo por estos últimos. Pero ello es compatible con divergencias conceptuales significativas, de las que derivan “variaciones marginales e intersticiales” (p. 135) entre el Derecho que resulta de la determinación llevada a cabo por una cierta concepción y el que resulte de otra concepción rival. Debe advertirse, en todo caso, que el sostener coherentemente una determinada concepción (“idiosincrásica”, en la terminología de Jori) del Derecho es propio únicamente de una reducida minoría de juristas especialmente reflexivos. La mayor parte de los operadores jurídicos, jueces y abogados, operan en este terreno como, podríamos decir, oportunistas argumentativos. “Tienden a escoger *ad hoc* – escribe Mario – aquellas ideas y concepciones que les acomodan mejor en una determinada circunstancia” (p. 77); “la abrumadora mayoría de los operadores jurídicos – indica él mismo unas páginas adelante – se caracteriza por el empleo de argumentaciones *ad hoc*. En los casos relativamente raros en que entran en juego concepciones del Derecho, se escogen aquellas teorías y concepciones que son útiles para el argumento del momento” (p. 122).

2. Hasta aquí un resumen de los aspectos que entiendo más centrales del libro de Mario. Un resumen que es inevitablemente sumario y quizás más simplificador de lo debido, pero que no creo que sea infiel. Y del que yo destacaría, sobre todo, la puesta de relieve del carácter, como antes

decía, basilar del concepto de Derecho del sentido común, tanto en relación con la operatividad del Derecho como en relación con las construcciones de los juristas. Y ahora debo confesar que, mientras iba leyendo las páginas de Mario sobre la importancia del concepto de Derecho del sentido común, me iban invadiendo dos reacciones: la primera, la seguridad de que Mario tenía, obviamente, razón y que tenía obviamente razón precisamente porque lo que decía, una vez dicho, resultaba obvio. Mi segunda sensación tenía la forma de un molesto interrogante: el de cómo era posible que, siendo todo tan obvio, no se me hubiera ocurrido a mí antes. Estas dos reacciones creo que son características frente al buen análisis filosófico: porque lo que hace éste es sacar a la luz redes conceptuales que ya de algún modo irreflexivo operan en nosotros. El análisis filosófico deja, en efecto, y según es ya dicho común, las cosas como están, pero hace conscientes las estructuras y redes conceptuales con las que ya implícitamente operábamos, nos hace claro y libre de enredos lo que, de algún modo confuso y enredado, ya sabíamos. De ahí la impresión de obviedad que produce siempre el buen análisis filosófico. Y ante lo obvio parece inevitable preguntarse cómo es que no se le ha ocurrido antes a uno. Pero debe tenerse en cuenta que la impresión de obviedad se produce *post festum*: antes de conocer el análisis, el terreno que ahora nos resulta obvio nos parecía un piélago de confusión, oscuridad y enredos.

En algún momento dice Jorge Luis Borges que Quevedo – un literato español del siglo XVII – no leyó nunca los prólogos de Bernard Shaw – que, como todos ustedes saben, vivió a caballo entre los siglos XIX y XX – “para no cometer un anacronismo que hubiera sido descubierto a la

larga”⁴. Por razones análogas, yo tampoco había leído en 1990, ni tampoco en 2005, el libro de Mario publicado en 2010. Y el caso es que si lo hubiera leído en 1990, hubiera podido ofrecer una respuesta claramente mejor que la que ofrecí entonces a un problema que ha ocupado a algunos filósofos del Derecho, cuyas respuestas me parecían entonces, y me siguen pareciendo, bastante insatisfactorias. Y si lo hubiera leído en 2005 hubiera podido reforzar, con argumentos y marcos de los que no podía disponer entonces, la manera de presentar alguna divergencia mía con Eugenio Bulygin. Veamos una y otra cosa.

En un libro de 1990 titulado *Jurisdicción y Normas*⁵, abordé un problema – al que también alude Mario en algún pasaje de su libro (p. 94) – planteado por la relación entre norma de reconocimiento y normas de adjudicación en la obra de Hart *The Concept of Law*. El problema es el siguiente: en el planteamiento de Hart, la determinación del contenido de la regla de reconocimiento como regla última del sistema requiere haber considerado previamente a ciertas reglas – reglas de adjudicación – como pertenecientes al sistema, pertenencia al sistema que sólo podría afirmarse, a su vez, sobre la base de la regla de reconocimiento. Sostiene Hart, en efecto, que el contenido de la regla de reconocimiento, que determina qué otras normas pertenecen al sistema, no es nada distinto de los criterios últimos de validez jurídica efectivamente aceptados y seguidos por los jueces y tribunales, pero – también según Hart – no podemos identificar quienes son jueces y tribunales sino sobre la base de ciertas reglas del sistema – reglas de

⁴ JORGE LUIS BORGES: Prólogo a *El informe de Brodie* (1970), en *Obras completas*, tomo II, Emecé, Barcelona, 1989, p. 401.

⁵ JUAN RUIZ MANERO: *Jurisdicción y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 124 ss.

adjudicación – cuya pertenencia al sistema sólo puede afirmarse – como las de cualesquiera otras reglas – sobre la base de la regla de reconocimiento. La construcción hartiana resulta pues, a este respecto, enteramente circular. De entre los intentos de romper esta circularidad yo examinaba, en el libro mencionado, los debidos a Neil MacCormick y a Carlos S. Nino. La propuesta de MacCormick⁶ reside en definir el rol judicial, y por tanto identificar a jueces y tribunales, no en base a reglas de adjudicación que confieran poder jurisdiccional, sino en base a reglas sociales de deber, que impongan el deber de juzgar las reclamaciones que se presenten ante ellos, y el de hacerlo sobre la base de estándares de conducta que preexisten a ese mismo juicio. La propuesta de Nino consiste en caracterizar a jueces y tribunales no en términos normativos, sino en términos puramente fácticos, como “quienes *de hecho pueden* (en el sentido fáctico y no normativo de la palabra ‘poder’) determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares, o sea, quienes están efectivamente en condiciones de disponer que se ponga en movimiento el aparato coactivo del Estado”⁷. Ambas propuestas, la de MacCormick y la de Nino, me resultaban insatisfactorias por razones diferentes. La propuesta de MacCormick porque una caracterización de “juez” en términos normativos que haga referencia solamente al deber de realizar determinaciones aplicativas y no al poder normativo de que esas determinaciones aplicativas tengan carácter autoritativo no reúne todas las propiedades que consideramos como definitivas de “juez”. Y, de entre estas propiedades, es a mi juicio

⁶ En NEIL MACCORMICK: *H.L.A. Hart*, Edward Arnold Publishers, London, 1981, pp. 109 ss.

⁷ CARLOS S. NINO: *Introducción al análisis del Derecho*, Astrea, Buenos Aires, 1980, p. 128.

más central la de ser titular del poder de emitir resoluciones autoritativas que la de ser destinatario de normas que impongan el deber de emitir tales resoluciones. Seguimos hablando de jueces aun cuando estos no tengan el deber de resolver sino simplemente un permiso discrecional para hacerlo (algo así ocurre con la institución del *certiorari*); pero no hablamos de jueces si sus determinaciones aplicativas no se encuentran investidas de autoridad. En cuanto a la propuesta de Nino, definir juez en términos puramente fácticos, como quienes de hecho pueden “determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares” equivale a decir que son jueces aquellos cuyas decisiones relativas al ejercicio del monopolio coactivo estatal son habitualmente obedecidas y ello presenta, a mi juicio, los mismos problemas que certeramente señalara Hart respecto de la definición de legislador en términos de obediencia habitual que propusieran Bentham y Austin. Pues bien: si las propuestas de MacCormick y Nino me resultaban insatisfactorias por las razones que acabo de indicar, casi se puede inferir de ello cuál es la respuesta que daba yo al problema: identificar a los jueces no en base a reglas sociales de deber, como propone MacCormick, tampoco en base a rasgos puramente fácticos, como propone Nino, sino atendiendo a su reconocimiento social como titulares del poder de dictar resoluciones investidas de autoridad respecto de casos particulares. Creo que mi propuesta evitaba merecer algunas de las críticas que me parecen obvias en el caso de los intentos de MacCormick y de Nino, pero no dejaba de presentar, como estos últimos, un aire de bastante artificiosidad: pues no parece que la identificación de los jueces requiera de criterios teóricos especialmente sofisticados, como MacCormick, Nino o yo mismo parecíamos dar por supuesto. Esta innecesaria propuesta de criterios, y el consiguiente aire de artificiosidad se derivaba, sin duda, de un mal

planteamiento del problema. Mal planteamiento que hubiera podido evitarse si mi temor a los anacronismos no me hubiera impedido leer hace veinte años el libro que Mario Jori publicó el año pasado. Pues, en efecto, después de haber leído a Mario pienso que el problema estaba mal planteado por no tener en cuenta uno de los ejes centrales del libro de Mario: la necesidad de distinguir entre el momento de la identificación del Derecho, que es asunto del sentido común que juristas y legos comparten, y el momento de la determinación de los contenidos y los confines del Derecho, que es asunto del saber técnico de los juristas, pero que tiene como fundamento y condición necesaria ese previo momento de la identificación del sentido común. Esa identificación del sentido común que resulta tácitamente recogida por los juristas, posibilita, una vez efectuada, que esos mismos juristas atiendan, sin enredarse en circularidad alguna, a los criterios de validez jurídica asumidos por parte de los órganos de aplicación de ese Derecho previamente identificado y a las normas a las que estos criterios remiten⁸.

Otro punto en el que la lectura de Mario hubiera hecho algo menos defectuosa la presentación de mi posición es el del valor que debe atribuirse a las creencias compartidas por los juristas. Este ha sido un punto presente varias veces en mis polémicas con Eugenio Bulygin. Éste ha escrito,

⁸ Escribe Mario, en un párrafo de gran eficacia expresiva: “El sentido común nos dice a qué ‘zona’ de la realidad social hay que mirar para encontrar el Derecho y el Derecho vigente [...] En la “zona jurídica” se encuentra un aparato de policías, jueces, expertos jurídicos, mandatos (¿los textos?), escritos, uniformes, carteles de tráfico, cárceles, tribunales, legisladores. Son, todos ellos, ‘indicios visibles’ de la existencia de un Derecho. También el jurista [...] mira en esa dirección y encuentra el Derecho vigente, un conjunto que a sus ojos profesionales se auto-precisa con autodeterminaciones propias [...] (p. 73).

refiriéndose sobre todo a un texto mío de 2005⁹ en el que criticaba algunas ideas tuyas sobre las lagunas normativas, que “mi amigo Juan está levemente equivocado en algunos puntos centrales de la teoría jurídica” y que le parecía «especialmente pernicioso» mi supuesto «apego a las creencias de los juristas, que suelen ser muy equivocadas»¹⁰. Pues bien: este desprecio de Eugenio por las creencias compartidas por los juristas sólo puede explicarse, a mi modo de ver, a partir de una incomprensión grave del tipo de realidad que el Derecho es, de una incomprensión grave de las implicaciones de que el Derecho se ubique en la región ontológica, por así decirlo, de los hechos institucionales, cuya existencia depende enteramente de creencias y actitudes compartidas. Si nos tomamos en serio el carácter institucional, en este sentido, del Derecho, hemos de concluir que las creencias centrales del conjunto de la comunidad jurídica – creencias centrales de las que forma parte, por ejemplo, el núcleo central de los criterios últimos de validez jurídica – no pueden estar equivocadas. Y la razón de que tales creencias no puedan estar equivocadas es, he sostenido yo frente a Eugenio Bulygin, la misma que hace que tales creencias tampoco puedan ser “verdaderas”, esto es, que tales creencias no describen una realidad ajena a ellas mismas, con la que puedan ajustar o no, sino que esas

⁹ JUAN RUIZ MANERO: “Algunas concepciones del Derecho y sus lagunas”, en FERNANDO ATRIA, EUGENIO BULYGIN, JOSÉ JUAN MORESO, PABLO NAVARRO, JORGE RODRÍGUEZ y JUAN RUIZ MANERO: *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el Derecho y la función judicial*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 103 ss.

¹⁰ EUGENIO BULYGIN: “Un balance de la relación intelectual con Juan Ruiz Manero”, en JOSÉ JUAN MORESO y M^a CRISTINA REDONDO: *Un diálogo con la teoría del Derecho de Eugenio Bulygin*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, p. 187.

creencias, y las correspondientes actitudes asimismo compartidas son constitutivas de esa realidad institucional a la que llamamos Derecho. En el problema anterior, el de la circularidad presente en la teoría hartiana entre identificación de los jueces y determinación del contenido de la regla de reconocimiento, la lectura del libro de Mario me hubiera obligado a revisar, como he dicho, mis propias posiciones. En el punto al que me refiero ahora, sin embargo, creo que una lectura tempestiva del libro de Mario me hubiera reforzado, con mejores argumentos, en la posición que respecto de él he mantenido. Lo que no deja, tampoco, de tener importancia.

3. Y ha llegado el momento de exponer mis discrepancias con el libro de Mario. Discrepancias que no afectan en absoluto a sus rasgos centrales, sino a algún aspecto que, aun teniendo importancia en sí mismo resulta, en relación con el conjunto del libro, más bien marginal. Como puede inferirse de lo que acabo de decir, yo estoy enteramente de acuerdo con Mario en que “[...] en las situaciones sociales normales, el pensamiento jurídico es parte de una práctica que en su conjunto hace lo que dice hacer y lo hace en el modo en que piensa que lo hace” (p. 15), en que ese mismo pensamiento jurídico es “participación y colaboración, con los instrumentos de la descripción y del conocimiento, en un actividad cuya función es prescriptiva” (p. 145). Y si esto es así, una descripción adecuada de esa práctica no puede, desde luego, no ajustar con las creencias centrales de los juristas, porque estas creencias son parte de esa práctica que se trata de describir. Y las propuestas de metajurisprudencia prescriptiva tienen vedadas propuestas que impliquen que esas creencias centrales son de algún modo engañosas. Pues bien: me parece que hay algún punto, que en seguida explicitaré, en el que la orientación prescriptiva de Mario

parece implicar que esas creencias centrales son engañosas. Pero antes de explicitarlo, debo advertir que Mario ya se ha anticipado, preventivamente, a críticas como la que me propongo hacerle, advirtiéndonos de que los juristas suelen defender sus personales concepciones o ideas (idiosincrásicas) pretendiendo que se encuentran incorporadas a la práctica. Y Mario podría decir que esto es precisamente lo que ocurre con mi crítica: que encuentro en la práctica rasgos que solamente se encuentran en la concepción que hago mía, concepción que no es menos idiosincrásica porque se trate de una concepción ampliamente difundida en la teoría del Derecho contemporánea. Y yo, como es natural, no he realizado investigaciones empíricas sobre qué creencias sustentan el conjunto de los juristas, sino que tan sólo puedo ofrecer, en este orden de cosas, mis propias intuiciones al respecto.

Y mis propias intuiciones al respecto me dicen lo siguiente: que los juristas en su conjunto, en las comunidades jurídicas de nuestra cultura, creen (1) que las resoluciones de los tribunales deben estar provistas de justificación; (2) que esa justificación ha de basarse en pautas preexistentes a esas propias resoluciones, pautas preexistentes que se basan en el sistema de fuentes; (3) que el texto de las normas que los juristas obtienen de las fuentes (lo que Carlos Alchourrón¹¹ llamaba el *Master Book*) no siempre es capaz de ofrecer esa justificación, por problemas de lagunas, antinomias o indeterminaciones semánticas; (4) que es tarea del método jurídico pasar, siguiendo con la terminología de Alchourrón, del *Master Book* al *Master System*, esto es, colmar las lagunas, resolver las antinomias y eliminar las zonas de indeterminación que presenten los textos de las

¹¹ CARLOS ALCHOURRÓN: "On Law and Logic", en *Ratio Iuris*, 9 (4), 1996, pp. 331 ss.

fuentes, de manera que estos puedan cumplir su función de proveer de justificación a las resoluciones judiciales; (5) que el método jurídico incorpora patrones de corrección del empleo del propio método, que posibilitan calificar como correctas o incorrectas unas u otras propuestas reconstructivas (unas u otras propuestas de *Master System*)y, por consiguiente, las resoluciones basadas en ellas.

Si tengo razón en mis intuiciones, y estas dan cuenta, efectivamente, de creencias compartidas en la comunidad jurídica, tales creencias son incompatibles con la opción de Mario por una propuesta de metodología jurídica como la “hecha por Hans Kelsen con su acostumbrada claridad, y continuada por los Bobbio, los Hart y los Scarpelli, que impone a la ‘ciencia jurídica’ detectar u declarar la indeterminación, y a la jurisprudencia manifestar el ejercicio de su propia discrecionalidad ineliminable” (p. 120). Optar por esta propuesta implica considerar que nuestras comunidades jurídicas están equivocadas en un punto central de su manera de entender su propia práctica, y esto, a su vez, es incompatible con entender, como entiende Mario en un pasaje que ya he citado, que la práctica de nuestras comunidades jurídicas “en su conjunto hace lo que dice hacer y lo hace en el modo en que piensa que lo hace” (p. 15). Pues las discusiones que en nuestras comunidades se generan en torno a las decisiones judiciales parecen suponer, a mi modo de ver y por decirlo con Robert Alexy¹², la aceptación de la idea de la “única respuesta correcta” como idea regulativa.

De modo que, al final de mi intervención, evoco inevitablemente a Dworkin, al referirme a la tesis de la “única respuesta correcta”. Pero aun cuando creo que en la tesis dworkiniana de la única respuesta correcta hay un núcleo

¹² ROBERT ALEXY: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, n° 5 (1988), pp. 139 ss.

que debe aceptarse (esto es que la manera como discutimos lo que el Derecho exige en un cierto caso supone, como idea regulativa, que hay una sola respuesta correcta a esa pregunta)también debo confesar, y me gusta hacerlo, que comparto en muy amplia medida la irritación que el estilo filosófico de Dworkin le produce a Mario Jori: la irritación por la absoluta falta de distinción entre lo descriptivo y lo prescriptivo, acompañada de la consideración de que, en materia metodológica, tal distinción carece de sentido (p. 80), la irritación por “la forma brillantemente oscura” con que formula siempre sus tesis (p. 101), “por la manera imprecisa y caótica como desarrolla sus intuiciones [y] por la parcialidad con la que reproduce las teorías ajenas” (p. 111); la irritación, en fin, por la desenvoltura con la que conjuga “un método extremadamente laxo, que justificaría cualquier conclusión, con la pretensión de que ese mismo método justifica únicamente las conclusiones sustantivas preferidas por el autor” (p. 132).

Quisiera, para terminar, cotejar el estilo filosófico de Dworkin con el de Mario Jori. Los oscuros textos de Dworkin se nos presentan todos ellos como propuestas de lectura de nuestros sistemas jurídicos liberal-democráticos a su mejor luz, a la luz de los valores más importantes incorporados a esos mismos sistemas jurídicos liberal-democráticos; podríamos decir, con algo, desde luego, de exageración retórica, que los textos de Dworkin se nos presentan, todos ellos, como contribuciones directamente orientadas a expandir el imperio del bien y hacer retroceder el reino de las tinieblas en el ámbito del Derecho. Y tan magna empresa no parece en él compatible con el cuidado de la pulcritud metodológica. El balance de ello ha sido, a mi juicio, ambivalente: por una parte, es indudable que Dworkin ha tenido un éxitoclamoroso en marcar la agenda, en reorientar toda la discusión filosófico-jurídica contemporánea y es también claro, a mi juicio, que esta reorientación

ha contribuido a dejar de lado cierta tentación autor-referencial que podría haber esterilizado en buena medida a la filosofía jurídica de orientación analítica; como también es claro, siempre a mi juicio, que en dicha discusión ha sostenido tesis sustantivas que a muchos nos parecen perfectamente asumibles. Pero, por otra parte, no es menos claro que las propias contribuciones de Dworkin se han desarrollado mediante un método del que la “dolorosa verdad”, como dice, a mi juicio con entera razón Mario Jori, es que, como tal, “es completamente inútil” (p. 132), al ser menos determinado y más controvertido y controvertible que las conclusiones sustantivas que su autor deriva de él.

Pues bien, el libro de Mario que hoy nos reúne viene a ser, en algún sentido, un contramodelo de los textos de Dworkin. Mario ha escogido un problema ajeno a las tomas de posición valorativa y aparentemente menor, tan menor que los teóricos del Derecho no habían considerado necesario, hasta ahora, abordarlo: el papel del sentido común en la identificación del Derecho. Y lo ha tratado con claridad y con cuidado y, a mi juicio, con una capacidad de iluminarlo tal, que su contribución habrá de tenerse necesariamente en cuenta a partir de ahora en el momento de abordar algunos de los problemas más capitales de la teoría del Derecho; problemas capitales que nos aparecen, después del libro de Mario, como inescindiblemente vinculados a este problema aparentemente menor.

Supongo que no hay dificultad en concordar en que uno y otro estilo filosófico, el de Ronald Dworkin y el de Mario Jori, tienen sus pros y sus contras. No creo, en todo caso, que sea necesario que les explicita a ustedes de cuál de ellos me siento más próximo.