

JOSEP M. VILAJOSANA

EL DERECHO EN ACCIÓN

La dimensión social
de las normas jurídicas

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I. LA EXISTENCIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS	19
1. TIPOS DE NORMAS	19
1.1. Reglas regulativas y reglas constitutivas	20
1.2. La tipología de von Wright	24
2. ¿CÓMO SE RELACIONAN LAS NORMAS CON EL LENGUAJE?	29
2.1. La visión de von Wright.....	29
2.2. Algunos problemas	30
2.2.1. Una ambigüedad	30
2.2.2. Existencia y estatus ontológico de las normas.....	33
3. NORMAS JURÍDICAS Y COMPROMISO ONTOLÓGICO	34
3.1. Introducción	34
3.2. Concepción hilética y concepción expresiva	36
3.3. Relevancia de la disputa ontológica.....	37
4. PARA SEGUIR AVANZANDO.....	44
CAPÍTULO II. NORMAS JURÍDICAS Y COMPORTAMIENTO HU- MANO	47
1. EL PRINCIPIO DE TOLERANCIA ONTOLÓGICA.....	47
1.1. Una propuesta de categorización	47
1.1.1. Dependencia de entidades reales	50

	<u>Pág.</u>
1.1.2. Dependencia de estados intencionales.....	52
1.1.3. Dependencia de entidades reales y de estados intencionales.....	53
1.2. Ventajas.....	54
2. NORMAS DE CREACIÓN DELIBERADA.....	55
3. NORMAS DE CREACIÓN NO DELIBERADA.....	57
3.1. Normas inferidas.....	58
3.2. Normas ideales.....	58
3.3. Normas consuetudinarias.....	59
3.3.1. La costumbre como regla social.....	60
3.3.2. La costumbre como fuente del derecho.....	66
4. ALGUNAS CONCLUSIONES PROVISIONALES.....	71
 CAPÍTULO III. EL ÉNFASIS EN LA LEGISLACIÓN.....	 73
1. LA EXISTENCIA DE UN SISTEMA JURÍDICO.....	73
2. SOBERANO Y HÁBITO DE OBEDIENCIA.....	75
2.1. Soberanía y sociedad política independiente.....	75
2.2. El hábito de obediencia.....	76
2.3. Continuidad del derecho.....	78
2.4. El soberano ilimitado.....	79
2.5. Existencia de los sistemas jurídicos.....	81
2.6. El principio de origen empírico.....	82
3. NORMA BÁSICA Y EFICACIA NORMATIVA.....	83
3.1. Norma básica y cadena de validez.....	83
3.1.1. Funciones de la norma básica.....	84
3.1.2. La cadena de validez.....	86
3.1.3. Contenido y formulación de la norma básica.....	88
3.1.4. Validez y eficacia.....	89
3.2. Críticas a la norma básica.....	90
3.2.1. Carácter de la norma básica.....	90
3.2.2. El círculo vicioso validez-eficacia.....	91
3.3. El principio de origen normativo.....	93
 CAPÍTULO IV. EL ÉNFASIS EN LA ADJUDICACIÓN.....	 97
1. EL RECONOCIMIENTO DE NORMAS.....	97
1.1. Normas primarias y secundarias.....	98
1.2. La regla de reconocimiento.....	100

	Pág.
1.2.1. Funciones de la regla de reconocimiento.....	100
1.2.2. Existencia de la regla de reconocimiento	102
1.2.3. Contenido y formulación de la regla de reconocimiento	104
1.3. Existencia de los sistemas jurídicos.....	106
1.4. Dos críticas a la regla de reconocimiento	107
1.4.1. Carácter de la regla de reconocimiento.....	107
1.4.2. Círculo vicioso.....	108
2. RAZONES PARA LA ACCIÓN Y EXISTENCIA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS	111
2.1. Órganos primarios de aplicación	111
2.2. La tesis de las fuentes	113
3. A MODO DE BALANCE.....	115
CAPÍTULO V. LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMO PRÁCTICA SOCIAL	117
1. APLICACIÓN COMO PROCESO.....	117
2. ACCIONES COLECTIVAS	118
3. ACTIVIDADES INTENCIONALES COLECTIVAS.....	118
3.1. Concepción general.....	118
3.2. Aplicación del derecho como actividad intencional colectiva.....	121
4. INTENCIONES PARTICIPATIVAS SUPERPUESTAS	123
5. EL COMPROMISO COMÚN Y LA NORMATIVIDAD	125
5.1. ¿Hay una única normatividad en los grupos sociales?	127
5.2. Expectativas y normatividad.....	129
6. LOS LÍMITES DE ESTAS POSICIONES.....	131
6.1. Niveles distintos de análisis.....	131
6.2. Diferencias de enfoque	134
6.3. La defensa de una visión convencionalista del derecho	135
CAPÍTULO VI. CONVENCION Y PRÁCTICAS DE IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO	139
1. CONVENCION Y TEORÍA DEL DERECHO.....	139
2. ¿CONVENCIONALISMO EN QUÉ SENTIDO?.....	140
3. LA TESIS SOCIAL.....	145
3.1. La denotación de la palabra «derecho».....	147

	<u>Pág.</u>
3.2. La relación de dependencia entre hechos sociales y derecho	148
4. HECHOS SOCIALES	150
4.1. Hecho social y hecho convencional.....	150
4.2. La creación de realidad social.....	152
5. HECHOS CONVENCIONALES Y REGLA DE RECONOCIMIENTO	153
5.1. Convención.....	154
5.2. La dimensión constitutiva de las convenciones.....	161
5.3. Proposición anankástica social y regla técnica de identificación	164
5.4. Identificación y autonomía del derecho	165
6. ALGUNAS POSIBLES OBJECIONES	166
6.1. La normatividad de la regla de reconocimiento.....	167
6.2. Convenciones y principios.....	169
6.3. Convención y desacuerdos.....	173
6.4. La arbitrariedad de una regla de reconocimiento convencional	175
6.5. La supuesta banalidad de la tesis convencionalista	177
CAPÍTULO VII. LA EFICACIA GENERAL DE LAS NORMAS DE UN SISTEMA JURÍDICO.....	179
1. LOS CONCEPTOS DE EFICACIA	179
2. COINCIDENCIA Y CUMPLIMIENTO.....	181
3. EFICACIA Y AUTORIDAD	183
4. EFICACIA Y VALIDEZ.....	185
5. ALGUNOS PROBLEMAS ABIERTOS.....	187
5.1. ¿Son relevantes los motivos del cumplimiento?.....	187
5.2. El problema de la medición	193
5.3. La eficacia de las normas que no son mandatos	194
6. EL LUGAR DE LA EFICACIA	196
6.1. Un breve repaso	196
6.2. Algunas sugerencias.....	197
CONCLUSIONES.....	201
BIBLIOGRAFÍA.....	205

INTRODUCCIÓN

Una teoría del derecho debe ser, aunque sólo sea parcialmente, una teoría del derecho positivo. Con ello quiero decir simplemente que debe tener como objeto de estudio, como mínimo, las normas que tienen un origen humano. Se trata de un requisito metodológico neutral respecto a qué relaciones quepa establecer entre las normas positivas y otro tipo de normas que eventualmente puedan postularse, tales como las pertenecientes a un derecho natural; un requisito que excluye la plausibilidad de una teoría que conciba el derecho *únicamente* como algo ajeno a la conducta humana.

Si esto es así, habrá que asumir también que explicar el carácter positivo del derecho implica especificar su *estatus* ontológico, es decir, el tipo específico de realidad que posee. En este sentido, uno de los resultados de asumir que la positividad del derecho constituye un dato que una teoría debe explicar es que éste posee una dimensión *social*. En efecto, sea cual fuere la forma de explicar la positividad del derecho, no es posible desvincular su existencia de los comportamientos de los seres humanos en sociedad. Cuando se afirma que el derecho es una cierta técnica de motivación de conductas o cuando se sostiene que su existencia y contenido se vinculan al acaecimiento de ciertos hechos llevados a cabo por las autoridades (como la promulgación y la derogación de normas) o por los destinatarios de las normas (como los actos de obediencia), se está admitiendo que el derecho es un fenómeno social. Por todo ello, se puede asumir que, al subrayar la positividad del derecho, estamos enfatizando su conexión con ciertos hechos, actitudes y acciones de seres humanos que viven en sociedad.

Así, pues, una teoría del derecho satisfactoria debe poder dar cuenta de la relación entre las normas jurídicas y los hechos sociales con los que se hallan vinculadas. Hay que insistir que lo dicho vale no sólo para las teorías *positivistas* del derecho. El estudio de la mencionada relación es útil y necesario tam-

bién para teóricos de otras tendencias, ya que éstos no pueden ignorar que existe algo llamado derecho positivo, sea cual fuere luego el lugar que el mismo ocupe en su concepción¹. Para que este estudio sea posible, sin embargo, se requerirá una explicación de las condiciones de existencia de las normas jurídicas y de su relación con hechos sociales.

Éste será justamente el objetivo general de este trabajo. A lo largo del mismo examinaré las condiciones de existencia de las normas jurídicas, en concreto, y del derecho positivo, en general.

Desde la perspectiva de la existencia de las normas jurídicas, el capítulo I va destinado a reconstruir los elementos relevantes de lo que podría ser el estado de la cuestión en esta materia. Empezaré con la exposición crítica de conocidas tipologías de normas. El hecho de que puedan existir diferentes tipos de normas tiene su reflejo a la hora de considerar sus formas distintas de relacionarse con el comportamiento humano. Esta disparidad se pone ya de relieve al estudiar la dependencia de tales normas respecto al lenguaje. Hay varias maneras en las que la existencia de una norma puede depender del lenguaje y parece que cuál sea el modo concreto estará sujeto, a su vez, a cómo se entienda la ontología de las normas, es decir, si éstas se consideran entes abstractos o concretos.

Pero esta dicotomía entre lo abstracto y lo concreto suele utilizarse de tal forma que elimina de entrada ciertas maneras de entender las normas jurídicas, asociadas a intuiciones firmemente arraigadas entre los juristas, y descarta injustificadamente algunas concepciones teóricas. Así, por ejemplo, los juristas postulan relaciones lógicas entre las normas, lo que parece asociarlas a significados (abstracciones), mientras que, *al mismo tiempo*, entienden que las normas existen en un espacio y en un tiempo determinados (de ahí que los sistemas jurídicos sean dinámicos), lo que sugeriría que son entes concretos. Este proceder estaría vedado y habría que escoger una de las intuiciones, sacrificando la otra. Sin embargo, mi posición al respecto será que la teoría no puede estar al servicio de una ontología tan estrecha, sino que debería ser el sistema ontológico el que se ensanche para dar cobijo a más posibilidades teóricas. Una vez hecho esto, sí que tendrá sentido requerir que cada teoría asuma su compromiso ontológico, aunque teniendo siempre en cuenta que el test de corrección definitivo de una teoría es su rendimiento explicativo.

Por esa razón, en el capítulo II formularé un principio de tolerancia ontológico que se concretará en el establecimiento de una categorización que entiendo útil, relevante y exhaustiva. Es útil porque, al postular que la existencia de un ente puede depender tanto de entidades reales (con coordenadas espacio-

¹ Aunque no es frecuente, se pueden hallar autores que simpatizan con posiciones antipositivistas, pero que ello no les impide dar su versión de las condiciones de existencia del derecho positivo. Por ejemplo, es lo que hace Francesco VIOLA desde postulados hermenéuticos (cfr. VIOLA, 1990: capítulo V).

temporales) como por estados intencionales, se muestra especialmente aplicable a las prácticas sociales, que son un compendio de ambos y están en la base de la existencia del derecho; es relevante, por cuanto con la introducción de la distinción entre dependencia histórica y constante, por un lado, y entre dependencia genérica e individual, por otro, es posible dar cuenta, entre otras cosas, del carácter dinámico que tienen las normas jurídicas y los sistemas jurídicos; es exhaustiva, por último, porque todo ente encaja en alguna de las categorías propuestas. El capítulo se cierra con un análisis de las condiciones de existencia de las normas de creación deliberada (cuya existencia depende históricamente de estados reales e intencionales) y de las normas de creación no deliberada (cuya existencia no depende históricamente de una entidad real), con especial detenimiento en este último caso en el examen de las normas consuetudinarias.

A partir del capítulo III cambia la perspectiva. El estudio se centrará en las condiciones de existencia de los sistemas jurídicos, es decir, en los hechos que hacen verdaderas proposiciones del tipo «en la sociedad S existe un sistema jurídico». En los capítulos III y IV se hace un repaso a algunas de las posiciones clásicas que sobre esta cuestión se han mantenido en la tradición iusfilosófica, básicamente de corte positivista. Se pasa revista a la doctrina del soberano de AUSTIN, a la de la norma básica de KELSEN, a la visión de la regla de reconocimiento de HART y a la perspectiva de las razones para la acción de RAZ. De la reconstrucción de estas doctrinas quedarán claras algunas cuestiones.

En primer lugar, que de algún modo todas ellas consideran a cierto conjunto de hechos como condición de existencia de los sistemas jurídicos. Estos hechos serían los que conformarían la eficacia general de las normas jurídicas de un sistema, asunto cuyo análisis se reserva para el último capítulo.

En segundo lugar, que se produce un desplazamiento justificado desde el interés que algunos de estos teóricos han mostrado por el ámbito de la «legislación» hacia el que mostrarán otros por el de la «aplicación de normas». Esta circunstancia hace que resulte provechoso mostrar cuáles serían los hechos sociales que constituirían las prácticas de aplicación del derecho. A su análisis va destinado el capítulo V. En ese capítulo reconstruiré críticamente algunos de los intentos actuales de dar cuenta del fenómeno de la aplicación del derecho como práctica social, a través de formas distintas de concebir la actuación de los integrantes del poder judicial como una acción colectiva.

Sostendré que esta perspectiva, si bien es prometedora a la hora de intentar cumplir con ese cometido, adolece de ciertos inconvenientes. El principal de ellos es achacable a un problema de enfoque, común a los teóricos del derecho que han usado conceptos elaborados por ciertos filósofos sociales para atacar la versión convencionalista de la regla de reconocimiento de HART. Básicamente, el argumento que han usado para este ataque es que la idea de convención no es un instrumento idóneo para explicar la normatividad que ellos asocian a

aquella regla. No obstante, la tesis que voy a defender al respecto es que la normatividad de la que hablan estos autores es referida a la *práctica general de aplicación de normas*. Interpretada de esta forma, su perspectiva puede dar frutos positivos. Pero los hechos que fundamentan una regla de reconocimiento, según la interpretación que aquí voy a proponer, no son todos los que integran una práctica general de aplicación de normas, sino un aspecto más concreto que se vincula con las *prácticas de identificación de las normas* de un determinado sistema jurídico.

Al estudio de los hechos que constituyen esta práctica de identificación de normas se destina el capítulo VI. En él sostendré que la existencia de una práctica *unitaria* de este tipo es una condición necesaria de la existencia de los sistemas jurídicos. Ésta es una tesis que, a diferencia de lo que ocurre respecto al requisito de la eficacia general de las normas, no es pacífica, debido a dos razones fundamentales.

La primera, porque la existencia de una regla de reconocimiento se puede considerar innecesaria cuando no confusa entendida como condición de existencia de los sistemas jurídicos (como podrían sostener autores antipositivistas, cuyo caso emblemático es DWORKIN). La segunda, porque, aun aceptando que la presencia de la regla de reconocimiento sea un requisito indispensable en tal cometido, hay opciones muy distintas acerca de cómo caracterizarla.

En mi caso, sostendré, frente a lo primero, que la existencia de una regla de reconocimiento entendida como regla social se trata de una condición necesaria de la existencia del derecho, por cuanto sin una determinada regla de reconocimiento efectivamente usada por la mayoría de los juristas de una sociedad concreta no habría forma de identificar *su* sistema jurídico. Respecto a lo segundo, creo que es posible defender una tesis convencionalista según la cual en toda sociedad en la que exista un sistema jurídico, existirá una regla de reconocimiento entendida como una convención de carácter constitutivo.

Como he dicho, el último capítulo se destina al estudio de la eficacia de las normas, entendida como la segunda condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico. En él pondré de relieve que la eficacia no requiere la presencia de hechos convencionales, a diferencia de lo que ocurre con las prácticas de identificación del derecho, lo que fundamenta defender como aquí hago lo que llamaré un convencionalismo en sentido débil. En efecto, cabe afirmar que los hechos que son necesarios para que pueda hablarse de eficacia general de las normas de un sistema jurídico es que éstas (en concreto, los mandatos) se cumplan por parte de los destinatarios. La eficacia entendida como cumplimiento exige, a diferencia de la mera coincidencia, que los destinatarios obedezcan lo dispuesto en las normas por algún motivo que tenga que ver con su existencia. Pero, del conjunto de motivos que pueden darse para el cumplimiento (temor a la sanción, utilidad, adhesión, etc.), ninguno de ellos es necesario, aunque cada

uno de ellos es suficiente para que quepa considerar que se da la segunda condición de existencia de un sistema jurídico.

Se impone una última aclaración introductoria referida al título de este trabajo. Seguramente, el primero en usar la expresión «derecho en acción» (*Law in action*) fue Roscoe POUND, al contraponerla como objeto de estudio de los juristas al «derecho en los libros». De ahí, pasa a inscribirse en la tradición del realismo jurídico. Dentro de esta tradición, Alf Ross retomará la locución para referirse al conjunto de hechos sociales que son la contrapartida de lo que él llamaba «derecho vigente». Esta idea se puede generalizar, sin comprometerse necesariamente con todos los postulados de la corriente realista, y entender que el adoptar una visión del derecho *en acción* supone privilegiar la idea de la existencia del derecho como práctica social, es decir, como un entramado de acciones y actitudes regulares, entre los miembros de un determinado grupo social, emblemáticamente los jueces, que constituye la base de expectativas de comportamientos futuros. El desafío está, entonces, en mostrar cómo se relacionan tales hechos con las normas jurídicas y ése es justamente el que pretende afrontar este libro.

CAPÍTULO I

LA EXISTENCIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Es aceptado comúnmente que el derecho de una sociedad está compuesto por normas. En lo que no hay acuerdo, en cambio, es en cosas tales como en qué consiste una norma, cuántos tipos de norma hay, si son entes abstractos o concretos o cuál es su relación con el lenguaje. Sin embargo, responder a estos interrogantes es indispensable para desbrozar el camino hacia un análisis de las relaciones que quepa establecer entre la existencia de las normas jurídicas y el comportamiento humano.

En este capítulo prestaré atención a estas preguntas. Así, analizaré, en primer lugar, de qué tipos de normas estamos hablando; en segundo lugar, examinaré las posibilidades de relacionar las normas jurídicas con el lenguaje; dejaré para el último apartado un examen más detallado de los presupuestos ontológicos de las normas jurídicas. Todo ello me servirá para exponer brevemente lo que podríamos denominar el estado de la cuestión en relación con esta materia y preparar el terreno para la propuesta de categorías ontológicas que defenderé en el capítulo II.

1. TIPOS DE NORMAS

Existen diversas maneras de dividir las normas o reglas¹. Aquí prestaré atención únicamente a dos de estas clasificaciones. La primera es la que distingue entre reglas regulativas y reglas constitutivas. Se trata de una distinción que, a pesar de algunos problemas, resultará de utilidad en este trabajo, como mostraré en el capítulo VI, al postular el papel importante que, para determinar

¹ De aquí en adelante utilizaré como sinónimas las expresiones «norma» y «regla».

las condiciones de existencia de un sistema jurídico, desempeña la regla de reconocimiento entendida como una convención *constitutiva*. La segunda es la conocida clasificación de normas propuesta por VON WRIGHT. La razón de su elección no estriba sólo en el hecho de que goza de gran predicamento entre los iusfilósofos, sino porque su estudio, en mayor medida que otros, brinda la ocasión para plantear cuestiones relativas a la relación de las normas con el lenguaje y con el comportamiento humano.

1.1. Reglas regulativas y reglas constitutivas

Algunos filósofos distinguen entre *reglas regulativas* y *reglas constitutivas*². De acuerdo con esta distinción, las reglas regulativas gobernarían conductas previamente existentes, es decir, conductas definidas sin hacer referencia a la regla y, por ende, lógicamente independientes de ella. Los límites de velocidad constituirían un buen ejemplo de este tipo de reglas, dado que la capacidad de conducir un automóvil a 120 kilómetros por hora es independiente de cualquier regla que gobierne dicha actividad. Por el contrario, las reglas constitutivas crearían la posibilidad misma de realizar una conducta de cierto tipo. Definirían y, por tanto, constituirían actividades que de otro modo no podrían siquiera existir. Las reglas de los juegos serían un buen ejemplo de tales reglas, puesto que la misma posibilidad de ganar una *mano* en un juego de cartas, por ejemplo, o marcar un *gol* en el fútbol, es creada por reglas que definen estas actividades. La regla que establece que para poder considerar en fútbol que se ha marcado un gol el balón debe haber traspasado completamente la línea de meta, no solamente controla un proceso sino que lo define o constituye. Sin esa regla del fútbol, no sería posible un hecho tal como «marcar un gol».

Ésta es una primera aproximación a la distinción entre reglas que estoy comentando y proviene de SCHAUER. A fin de obtener una definición más completa, sin embargo, habría que considerar las siguientes precisiones adicionales que realiza SEARLE³.

En conexión con la idea de que las reglas constitutivas no regulan meramente sino que crean o definen nuevas formas de conducta, SEARLE observa que las reglas constitutivas tienen carácter «casi tautológico», pues lo que la regla parece ofrecer es parte de una definición, por ejemplo, de «jaque mate». El hecho de que, por ejemplo, se logre un jaque mate en ajedrez de tal y cual manera podría tomarse bien como una regla, bien como una verdad analítica basada en el significado de «jaque mate en ajedrez». Ésta sería una de las claves para considerar que una regla es constitutiva. SEARLE considera, además,

² La distinción fue sugerida por HART (1953), y se halla después en RAWLS, 1955 y en BLACK, 1961, pero es asociada primordialmente con la caracterización ofrecida en SEARLE, 1969. Cfr., también, SCHAUER, 1991 y, más recientemente, MORESO y VILAJOSANA, 2004: 65 y ss.

³ Cfr. SEARLE, 1969: 42-46.