

DE LOS PRINCIPIOS JURIDICOS A LAS CONVENCIONES INCLUSIVAS EXTERNAS: LO QUE LA RACIONALIDAD INSINUA

DAVID BAEZ SEARA.

Tutor e Investigador Campbell Burns. Universidad de Strathclyde (Escocia).

El debate acerca la importancia, la extensión, el significado o la aplicación de los principios jurídicos, o de lo que en muchas ocasiones se denomina simplemente “derechos”, tomó, hace ya algunas décadas, un nuevo impulso con la publicación por parte de Ronald Dworkin de una serie de obras en las que criticaba lo que él denominó el modelo de reglas desarrollado por la teoría dominante por aquél entonces, el positivismo jurídico. El trabajo que aquí presentamos toma como punto de partida la crítica al modelo positivista realizada por Dworkin, y sobre todo su caracterización de los principios, para defender una concepción de la convención jurídica que como la teoría de Dworkin es antirrealista, racional y que privilegia la práctica argumentativa.

Contra el modelo de reglas

Dworkin define genéricamente a los principios como “una norma (estándar) que es observada, no porque avance o asegure una situación económica, política o social considerada como deseable, sino porque es un requerimiento de justicia o de equidad o de otra dimensión moral”.¹ Esta caracterización de los principios se opone al modelo de reglas defendido por el positivismo Hartiano que, fundamentalmente, explica el derecho en términos convencionales.² En concreto los principios, es decir los estándares básicos de justicia y moralidad, difieren de las reglas en tres puntos elementales.

En primer lugar, su diferente naturaleza lógica. Tanto los principios como las reglas establecen la dirección que la decisión debe tomar, y por tanto ambos

¹ Dworkin, Ronald. Taking Rights Seriously. London: Duckworth, 1977. P 29

² Así la legalidad es un asunto relacionado con una convergencia de comportamiento entre los oficiales encargados de la aplicación del derecho en el reconocimiento de lo que el derecho es, junto con un “punto de vista” interno o una aceptación (o internalización) de esa actitud. El derecho no sería entonces más que un procedimiento autoritativo proporcionado por unas reglas “secundarias” cuyo objeto es precisamente otorgar poderes (en contraste con las reglas “primarias” que imponen obligaciones), y su autoridad, esto es, la autoridad del derecho, emanaría de la aceptación (por parte de los oficiales) de esas reglas secundarias como normas publicas de comportamiento oficial.

son vinculantes, pero mientras las reglas son aplicadas de forma automática, los principios no tienen ese carácter automático.³ De esta forma cuando la regla jurídica es aplicada a unos hechos determinados la solución surge mecánicamente. Por el contrario los principios no llevan consigo una serie de consecuencias detalladas que son extendidas o aplicadas ante unos determinados hechos. En segundo lugar, su carácter no exhaustivo. Así mientras una regla jurídica podría contener una lista de excepciones, en los principios esto sería impensable. En tercer lugar, su dimensión de importancia o peso. Los principios debido a su falta de sistematización pueden entrar perfectamente en conflicto. Si esto sucede, la elección entre un u otro vendrá determinada por su importancia relativa ante el caso en cuestión. La sistematización de las reglas, en cambio, evita que entren en conflicto. Dworkin irá modelando sus caracterizaciones acerca de los principios y la práctica jurídica hasta la elaboración de lo que se ha llamado la tercera teoría del derecho o más comúnmente derecho como integridad.⁴ Así según esta teoría, el elemento de la convención social característico del positivismo (ya que otorga a esta convención el papel de regla de reconocimiento) deja sitio a una regla normativa como estándar básico de identificación de otras reglas y principios. Es entonces desde este punto de vista normativo que el elemento clave de la persuasión entra en escena. A partir del uso por parte del intérprete de unos determinados principios este podrá construir una solución sobre el modo en que el caso difícil deberá ser resuelto. Solución, que desde un punto de vista de la moral política, ha de ser más persuasiva que otras posibles alternativas.⁵

En el debate acerca del papel que juegan los principios en la práctica jurídica es clave la concepción que se tenga de la convención jurídica. Dworkin en sus críticas al modelo de reglas tiene en mente una concepción exclusiva de la convención. Pero, ¿qué pasa si en vez de definir la regla de

³ Para Dworkin las reglas jurídicas se aplican de forma “todo o nada”, mientras los principios únicamente establecen una razón para llevar a cabo una u otra acción.

⁴ Esta denominación es obra de John Mackie. Para ver un crítica de éste a las tesis defendidas por Dworkin, y en especial a su concepción de los principios, MACKIE, John. *The Third Theory of Law. Philosophy and Public Affaires.* 1977, Vol 7 No 1. p 3-16

⁵ Este punto es importante como mas adelante veremos. Sin embargo para que este elemento haga su aparición no hace falta el movimiento de lo social a lo normativo, la persuasión aparece de cualquier modo si la regla de reconocimiento pasa a comprender también otros sistemas normativos y no se refiere únicamente al núcleo del derecho.

reconocimiento en términos exclusivos lo hacemos en términos inclusivos? Esto es precisamente lo que hizo Hart en su Apéndice a El Concepto del Derecho. Así éste afirma “las reglas son prácticas sociales convencionales si la conformidad de un determinado grupo a éstas es parte de las razones que los individuos de dicho grupo tienen para aceptarlas.”⁶ Por tanto y a partir de la publicación del Apéndice los términos positivismo exclusivo y positivismo inclusivo empezaron a usarse para caracterizar a estas dos concepciones diferentes de la regla de reconocimiento. Mientras la primera apenas admite alguna de las consideraciones hechas por Dworkin acerca de los principios y el papel de estos en el razonamiento jurídico, la visión inclusiva o incorporacionista es más proclive a admitir con ciertas reservas parte de éstas.⁷ Si Dworkin, en la elaboración de su teoría de derecho como integridad, distingue entre identificación vía origen (o pedigrí) e identificación vía contenido (o normativa), y añadía que una teoría positivista, caracterizada por la identificación de lo que es derecho a partir de una prueba de origen, es incapaz identificar los principios ya que estos no tienen porque estar recogidos en los fuentes del derecho; el positivismo inclusivo no tiene problema alguno para admitir esa identificación vía contenido. Así, si los principios forman parte de la convención social entre los oficiales para determinar qué es derecho, entonces estos principios pueden perfectamente formar parte del derecho.⁸ El incorporacionismo, a diferencia del positivismo exclusivo, es capaz de compatibilizar la existencia de una convención con los posibles desacuerdos entre los jueces a la hora de identificar el derecho, y esto lo hace adoptando un concepto de convención, llamado Actividades Cooperativas Compartidas, en donde controversias y el alcance de éstas

⁶ HART, H. (1961, 1994), *The Concept of Law*. Clarendon Press, Oxford. P 255

⁷ A este respecto Kenneth Himma apunta que “el positivismo inclusivo acepta la tesis de la incorporación, y por consiguiente es conceptualmente posible la existencia de sistemas jurídicos en donde el criterio de legalidad “incorpora” normas morales substantivas en el siguiente sentido: la satisfacción es una condición necesaria y suficiente para que una proposición cuente como derecho”. HIMMA, Kenneth. “Final Authority to Bind with Moral Mistakes: On the Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism”. *Law and Philosophy*. 2005, Vol 24 No 1. p 1

⁸ Poniéndolo de otra manera, el incorporacionismo distingue entre las condiciones (“grounds”) del criterio de legalidad que deben ser necesariamente un hecho social, una convención, y el contenido del criterio de legalidad, que no tiene porque expresar esos hechos sociales constitutivos de la convención. COLEMAN, Jules. *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 2001. p 107

tienen carácter convencional.⁹ Jules Coleman indica los tres aspectos básicos de las Actividades Cooperativas Compartidas.¹⁰ En primer lugar, existe una responsabilidad mutua entre los agentes involucrados en la práctica de modo que las acciones y las intenciones de cada agente se encuentran sometidas a la influencia de las acciones e intenciones de los otros agentes. En segundo lugar, existe un compromiso por parte de los agentes con la actividad común. Y en tercer lugar existe un compromiso de apoyo mutuo. Cada agente apoya los esfuerzos de los otros agentes en el desempeño de su función en el seno de la actividad común. La Actividad Cooperativa Común funciona entonces como una estructura situada en un segundo plano capaz de proporcionar unas pautas, o utilizando otros términos, unas razones que hacen posible desacuerdos sobre el propio contenido del derecho. Esta estructura es tanto creada como sostenida por el comportamiento de los participantes en la misma, pero sin embargo, el contenido de la práctica no lo es. Las normas son el resultado de continuas negociaciones entre los participantes, y por tanto, el desacuerdo sobre este contenido existe, ya que para que exista negociación tienen que existir igualmente puntos discordantes. Este desacuerdo será, en términos de Coleman “sustantivo e importante, y en el cual, dada la estructura, puede bien ser resuelto mediante un llamamiento a argumentos morales substantivos sobre como se debe proseguir y que puede invitar a una discusión acerca del objeto de la practica”.¹¹ Por lo tanto, el positivismo inclusivo sienta las bases para poder elaborar una concepción de la práctica jurídica donde no exista necesariamente la división constitutiva entre hechos y principios, permitiendo al mismo tiempo un definición objetiva del derecho, y como no, de los valores que forman parte de la práctica jurídica.

Comparación interpersonal y convención inclusiva externa

Sin embargo, comprobamos como filósofos como en un principio Nietzsche o Hume y posteriormente gran parte de la tradición filosófica analítica,

⁹ El término de “Actividades Compartidas Común” fue primero adoptado por Michael Bradman. A este respecto ver: BRATMAN, Michael. “Share Cooperative Activity”. The Philosophical Review. 1992. Vol. 101 No. 2. p 327-341

¹⁰ COLEMAN, Jules. The Practice of Principle. Oxford: Oxford University Press, 2001. p. 96 - 104

¹¹ COLEMAN, Jules. The Practice of Principle. Oxford: Oxford University Press, 2001. p 99

coinciden con la tesis enfatizada por el positivismo jurídico excluyente acerca de la naturaleza subjetiva de este tipo de proposiciones. Esto hasta cierto punto puede ser verdad, pero siguiendo a Davidson somos de la opinión de que la naturaleza de estos juicios no excluye la objetividad. Así creemos que es plenamente consciente con la objetividad que no existan respuestas claras sobre lo que es correcto o no es correcto en determinados supuestos.¹² El elemento clave para que exista una interpretación objetiva es la existencia de una base común suficiente. Esta base común (que debe ser buscada por el intérprete) es pues la condición esencial para el entendimiento y una vez que la aprehendamos seremos capaces de explicar diferencias y persuadir. De este modo la base para lograr el entendimiento se crea mediante la atribución de actitudes proposicionales (como creencias, preferencias, deseos...) a otras personas. Y como las proposiciones son elementos capaces de ser caracterizados como falsos o verdaderos, la posibilidad de una interpretación (y por tanto la propia existencia de la base común) dependerá de la habilidad del atribuyente para poder decir de forma frecuente cuales son las actitudes del otro con respecto a sus conceptos/palabras. El acto de la atribución si pretende crear una base común y por tanto aspirar a la interpretación objetiva, no podrá realizarse de forma discrecional por el atribuyente (o en otros términos, éste no podrá atribuir lo que él quiera) sino que deberá someterse a una política de acomodación racional. Como afirma Davidson “esta política propone adaptar nuestras proposiciones a las palabras y actitudes de las otra persona de modo que los actos de comunicación de ésta sean legibles”. Y para esto es necesario, continua Davidson “que veamos a los otros más o menos como nosotros en coherencia y corrección, es decir, que veamos que estos son más o menos criaturas racionales que habitan en un mundo semejante la nuestro”.¹³ Después de esa acomodación, de la búsqueda de la base común a partir de la cual las proposiciones del emisor tendrán sentido, el entendimiento es posible y con ello el concepto de objetividad. Así, una vez aplicado la política de acomodación racional o principio de caridad, nuestros pensamientos son capaces de conectar con los

¹² DAVIDSON, Donald. “The Objectivity of Values”. En: Davidson, Donald (ed). *Problems of Rationality*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p 57

¹³ DAVIDSON, Donald. “Expressing evaluations”. En: Davidson, Donald (ed). *Problems of Rationality*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p 35

pensamientos del emisor y encontrar así una red de creencias semejantes, y por tanto seremos capaces de entendernos. Después del establecimiento del entendimiento podremos realizar interpretaciones exitosas. Para esto el entendimiento tendrá que ser igualmente exitoso, es decir, no aparente. Debemos conocer entonces lo que muchos de los conceptos/palabras del emisor significan, y respecto de estos conceptos/palabras que el emisor los considera verdad (o el grado en que los considera verdad).¹⁴ Quizá una objeción que puede ser hecha al concepto de objetividad de Davidson es su amplio alcance. Así, casi cualquiera de las decisiones que tomemos, pese a poder ser controvertidas, tendrán el carácter de objetivas, o en otros términos, la objetividad tendrá un amplio espectro.¹⁵ Esto en un principio acercaría a Davidson a las teorías constructivistas, sino en la metodología utilizada y en la mayoría de sus conclusiones teóricas, sí en sus conclusiones prácticas en lo relativo a lo que puede ser considerado como objetivo. Así estas teorías, en grandes rasgos, comparten con la teoría interpersonal de Davidson, su carácter antirealista. Pero al contrario que Davidson explican el carácter verdadero de las proposiciones no por la existencia necesaria de una comparación interpersonal sino por el ajuste de las proposiciones del emisor a la práctica normativa o, si preferimos, al discurso. Por lo tanto, para estas teorías el entendimiento de una determinada proposición dependerá del conocimiento de su correcto uso. El razonamiento es el siguiente: las proposiciones correctas o incorrectas son inmanentes a la práctica por lo que es únicamente cuando sabemos como la práctica funciona, es decir, cuando conocemos la técnica empleada por los participantes en esa práctica, que somos capaces de distinguir entre proposiciones correctas o incorrectas. Pero curiosamente, y en esto es donde creemos que reside la similitud entre comparación interpersonal y teorías constructivistas, Davidson se enfrenta con la misma dificultad. Se podría argumentar que esto, desde el punto de

¹⁴ Todo esto nos permitirá, según Davidson, alcanzar la objetividad ya que un “un juicio es objetivo si es verdadero o falso o ninguna de las dos opciones, y su valor verdadero (verdadero, falso o ninguno) es fijo [...] El valor verdadero de un juicio depende únicamente de dos cosas: de los hechos y del contenido de la proposición objeto del juicio”.¹⁴

¹⁵ Con esto no pretendemos defender una teoría de la objetividad que excluya el relativismo, ya que esto es un tema distinto, así según expone el propio Davidson, el relativismo únicamente insiste que lo que es verdadero o falso es relativo en tiempo, persona, cultura... DAVIDSON, Donald. “The Objectivity of Values”. En: Davidson, Donald (ed). *Problems of Rationality*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p 40

vista del propio Davidson, no sería ningún problema. Sin embargo nosotros desde el campo del derecho sí que lo consideramos así.

Si la gran mayoría de las decisiones que tomamos descansan sobre un entendimiento y por tanto pese a ser controvertidas son objetivas, entonces no quedaría más ámbito que la defensa de la elección final entre una u otra mediante el uso de argumentos de naturaleza emotiva, subjetiva o en definitiva, arbitraria. Esta tesis aplicada al campo del derecho sería no muy distinta a las tesis del positivismo sobre la discreción judicial. La diferencia básica es que es que en Davidson la interpretación descansa siempre en el entendimiento y por lo tanto la arbitrariedad estará limitada en alcance por éste. Sin embargo esto no es ni mucho menos suficiente si lo que pretendemos es poder llegar a soluciones en casos particulares en donde la subjetividad quede reducida al mínimo exponente. Como hemos visto en la sección anterior Coleman pone igualmente el énfasis en un ajuste que permita reducir al máximo la subjetividad. De este modo la regla de reconocimiento, es decir, la norma que proporciona los criterios últimos de validez jurídica, es considerada como una Actividad Cooperativa Común en donde los agentes envueltos en la práctica mantienen unos compromisos mutuos entre sí mismos y con la propia práctica. Pero lo primordial de este modelo es su capacidad para, a la vez que permite que los principios formen parte de la convención (algo que los positivistas exclusivos no permiten), explicar como la convención proporciona no solo razones sino también obligaciones. Sin embargo el precio pagado por Coleman es excesivo, ya que lo que éste hace es delimitar la práctica convencional a la práctica de los oficiales. La lógica subyacente es que si las obligaciones nacen de un sistema de compromisos mutuos entonces los actores envueltos en ese sistema deben estar bien delimitados ya que para que una práctica ejerza una constricción esta debe ser lo suficientemente precisa y clara.

Esto, creemos, es un error al igual que una contradicción con la propia idea de Actividad Cooperativa Común ya que ésta se basa en la similitud y no en la convergencia de comportamiento.¹⁶ Coleman podría objetar que él

¹⁶ Si se quiere mantener al derecho como una practica normativa autónoma de otras practicas normativas, entonces lo que se esta haciendo es en definitiva aceptar las tesis centrales del positivismo exclusivo, e incluso del propio Kelsen cuando afirmaba

precisamente se basa en la similitud del comportamiento de los oficiales y no en la identidad como hacen los positivistas exclusivos, pero sin embargo nosotros somos de la opinión que si existe una similitud en el comportamiento de los oficiales y no una identidad esto es debido, entre otros factores, al “input” que reciben de otros sistemas normativos. Por tanto si dejamos a un lado las teorías constitutivas que, basadas en la identidad, dejan fuera de la práctica a otros elementos normativos, no podemos definir los actores definidores de la práctica en términos exclusivos. Por tanto y a partir de esta consideración, podemos establecer una distinción entre, por un lado, convenciones inclusivas internas, que pese a definir la práctica en términos de similitud restringen ésta a la actividad de los oficiales; y por otro, convenciones exclusivas externas, que pese a definir la practica igualmente en términos de similitud, no restringen esta a la actividad de los oficiales, aunque señalan que estos ostentan un papel preponderante en la determinación de lo que la practica es.

Antes hemos hecho mención a la importancia del elemento persuasivo. Pues bien, la persuasión se basa justamente en la intervención de otros actores, considerados tradicionalmente como externos, en la práctica del derecho. Igualmente el modelo de interpretación de Dworkin, con su énfasis en la necesidad de ajuste, no hace más que buscar la acomodación racional de las tesis de juez con las tesis sostenidas por otras prácticas normativas. Por tanto, si se cree, como nosotros creemos, que el derecho es una práctica normativa que puede y de hecho es influenciado por otras prácticas normativas, entonces elementos como la persuasión o el ajuste son bienvenidos. Sin embargo estos elementos, pese a ser importantes, tienen un papel variable. Es decir, otros sistemas y prácticas normativas podrán ser influyentes en determinadas ocasiones pero en otras su influencia será menor.

rotundamente eso de “norma es norma”. Si esto es así entonces es coherente que se rechace el elemento final de la persuasión o del ajuste. La interpretación sería de este modo una mera opción entre las modalidades argumentativas, pero dado el hecho de la conmensurabilidad de estas modalidades el juez tendría una discreción casi absoluta, pese a que estas modalidades se encuentren dentro del marco del entendimiento.

En cuanto a lo que diferencia este tipo de convenciones con otras concepciones del derecho no convencionales es precisamente el reconocimiento de la existencia de, como afirma Coleman, unos compromisos mutuos de los agentes con la practica convencional y de estos agentes entre si. De esta forma la práctica no solo es capaz de otorgar razones para la acción sino también de producir hasta cierto punto obligaciones. Por tanto, ésta podrá ser definida de un modo específico, esto es, como una práctica jurídica capaz de imponer razones no extinguibles voluntariamente por los propios agentes.¹⁷

Los principios jurídicos tienen una importancia decisiva en la concepción aquí defendida de la convención jurídica. Es precisamente el papel que los principios ostentan lo que convierte la practica jurídica de constitutiva en regulativa, ofreciendo razones para la acción, y de inclusiva interna en inclusiva externa permitiendo que la definición de la convención no quede exclusivamente en manos de los oficiales o actores institucionales.

Los principios sirven por tanto como mecanismo para poner en relación el núcleo de la convención, representado por los oficiales, con la periferia de esta, representado por los actores no-institucionales. Esto es así porque como afirma Alexy los principios jurídicos conducen a estructuras de argumentación racional.¹⁸ Pero si como hemos comprobado en el modelo de comparación interpersonal de Davidson, la objetividad tiene un largo alcance, nosotros creemos que en la práctica jurídica este alcance de la objetividad queda reducido considerablemente.¹⁹ Esto es así porque al contrario que las teorías positivistas constitutivas (o exclusivas) los principios sí que forman parte de la convención, es decir, existen unos principios que pueden ser denominados principios jurídicos. Hasta este punto nuestra postura coincide con la del positivismo inclusivo ya que como éstos creemos que lo que separa a los principios jurídicos de los principios morales es que los primeros

¹⁷ Como es lógico las obligaciones afectarán de un modo casi exclusivo a los agentes institucionales encargados de la aplicación del derecho.

¹⁸ ALEXY, Robert. "Principios Jurídicos, Sistemas Jurídicos y Razón Práctica". Doxa. 1988, no 5. p, 147

¹⁹ Fundamentalmente porque el derecho es un tipo especial de razonamiento práctico. En este sentido ver: ALEXY, A. "The Special Case Thesis". Ratio Juris. 1999. Vol. 12 No 4, p 374-384

deben tener un soporte institucional en el derecho, esto es, su influencia debe estar reflejada en la práctica jurídica en sentido estricto (en el derecho constitucional, en el derecho administrativo, en la jurisprudencia...). Sin embargo, al contrario que el incorporacionismo, creemos que existe otra característica que permite separar principios jurídicos de principios morales. Como Dworkin creemos que los principios jurídicos justifican la mayoría del derecho positivo (este es un rasgo de la dimensión de justificación) y que estos son los mejores principios morales de entre todos los principios morales que se ajusten o excedan de esta dimensión de ajuste. Por lo tanto, después de anunciar estas dos características distintivas de los principios jurídicos en relación con los principios morales, resulta más sencillo observar como los primeros permiten que lo que hemos denominado como actores jurídicos no institucionales, o las capas superiores de la convención, se involucren en la determinación del contenido de ésta, y al mismo tiempo, permiten la interacción entre capas superiores con los actores institucionales.

Así la primera característica, la necesidad de soporte institucional, apunta directamente a los oficiales (a los actores institucionales) como actores claves en la determinación de la existencia o no de principios jurídicos.

La segunda característica, la dimensión de justificación, hace que otras prácticas y sistemas normativos penetren en el derecho siempre teniendo en cuenta que se ajusten a las características particulares de éste.

Conclusión

Mediante la analogía con el modelo de comparación interpersonal de Davidson afirmamos que el derecho posee una estructura racional y que esto se debe a la inclusión en su concepto de los principios jurídicos. Adicionalmente afirmamos que la estructura racional trasciende la barrera institucional hasta alcanzar otras prácticas normativas, que adaptándose éstas a su vez a la práctica del derecho en sentido estricto, permiten una objetividad que no queda restringida a la llamada gramática del derecho.