



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2021

JOSÉ LUIS VILLACANAS BERLANGA

Sobre lo justo, la justicia, y el Derecho

A propósito del libro de Massimo La Torre, *Il diritto contro se stesso*, Olschki, Florencia, 2020

JOSÉ LUIS VILLACANAS BERLANGA*

Sobre lo justo, la justicia, y el Derecho

A propósito del libro de Massimo La Torre, *Il diritto contro se stesso*,
Olschki, Florencia, 2020**

Siempre que escribo sobre estos temas de filosofía del derecho, no dejo de escuchar la frase de Gentili, y luego repetida por Hobbes, como si estuviera específicamente dirigida a mí: «Silete philosophi in munere alieno». Pero el caso es que creo que debemos asomarnos a la vieja relación entre filosofía y filosofía de derecho, que existió en su día, aunque entonces estuviera mediada por otras consideraciones. Hoy deberíamos mantenerla por el valor de la cosa misma. La condición indispensable para ello es ser francos respecto de la perspectiva que domina la mirada de cada uno y esperar a que se puedan ver cosas interesantes para todos. Por mi parte, mi perspectiva es siempre la de ofrecer contextos históricos y sociales a las argumentaciones filosóficas. Mi aspiración, bastante weberiana, luego reformulada por Reinhardt Koselleck, consiste en identificar los estratos de tiempo histórico que condicionan los usos conceptuales, tanto en sus dimensiones de índices como de factor; esto es, en su pretensiones de dar cuenta de la realidad y en sus pretensiones de orientarla en la práctica. Últimamente, vengo trabajando en una historia conceptual de la contemporaneidad, que se centra en la evolución histórica desde la democracia liberal de la primera sociedad industrial, pasando por la construcción del Estado de Bienestar después de algunos ensayos fracasados como la República de Weimar, para llegar hasta su desplazamiento por el neoliberalismo y la emergencia de los populismos. Tengo la impresión que cuando proyectamos este planteamiento sobre el libro de Massimo La Torre, *Il diritto contro se stesso*, podemos considerar la evolución que describe dentro de esta historia conceptual de la contemporaneidad. Ahora veremos en qué sentido.

La tesis central del libro de Massimo La Torre es que cuando el iuspositivismo se cierra a considerar como parte del argumento estrictamente jurídico los argumentos morales y potencialmente políticos, entonces debe orientarse hacia un decisionismo corporativo que siempre acaba destruyendo la idea misma de derecho. Podemos reconocer como idea integral de derecho la que encierra en su seno la argumentación moral.

* Ordinario di Storia della Filosofia all'Università Complutense de Madrid.

** Contributo sottoposto a valutazione anonima.

Lo importante es que un positivismo jurídico que se niegue a esta comprensión integral de la idea de derecho, ya debería contar con importantes experiencias acerca del camino peligroso que se emprende cuando una instancia decisionista se aloja en su seno. Desde cierto punto de vista, la cuestión se remonta a Carl Schmitt y ciertamente sugiere que si el argumento moral no se integra en el derecho, entonces se tiene que introducir en él una instancia soberana autoritaria. Pero esa instancia soberana y jerárquica, aunque sea la del juez, no puede sino destruir la idea de derecho y dirigir el derecho contra sí mismo. De ahí el título del libro de Massimo La Torre. El supuesto implícito de este argumento del Prof. La Torre, que comparto, podemos identificarlo en la comprensión republicana del derecho. Por su propia idea, el derecho no puede concentrarse en una instancia separada del común. Y el vínculo con lo común es el argumento moral.

Mis reflexiones como filósofo por tanto aspiran a hacer explícitas algunos supuestos del libro del Prof. La Torre y desplegar algunos argumentos sobre ellos siempre desde una perspectiva de historia conceptual. Y el primero es que en cierto modo esta idea integral del derecho es clásica y fue defendida por las sociedades occidentales en sus momentos de máxima autoconciencia. Podemos partir del mundo que siguió a la II Guerra Mundial y, para hacerlo, vamos a referirnos a un signo de aquel tiempo. *The Winslow Boy* es una pieza teatral de Terence Rattigan, un afamado hombre de teatro británico que estudió en el Trinity College de Oxford, un lugar no muy lejano de donde se escucharon algunos de los argumentos centrales que recoge este libro de Massimo La Torre. En 1946, poco antes de que Hart organizara sus argumentos fundamentales, que culminaría en 1961 con la publicación de *The Concept of Law*, de 1961, Rattigan publicó aquella obra de teatro, que mereció el premio de la asociación de los críticos de Nueva York. Luego se hizo una película con ella, como con otras de sus obras, y siempre con el mismo director, Anthony Asquith, el hijo del primer ministro británico en la Primera Gran Guerra, él también estudiante de Oxford, aunque ahora en el Balliol College, por el que han pasado celebridades como Boris Johnson, el propio Joseph Raz y un autor que también es muy citado en el libro de Massimo La Torre, John Langshaw Austin. Doy estos pequeños detalles porque quiero marcar la afinidad electiva entre lo que deseo decir de esta obra, bastante clásica, sobre el supuesto central del positivismo y sobre la necesidad de sus superaciones, el punto central que nos ofrece el libro que comentamos. Todos ellos son autores de la misma elite británica, que sin duda eran muy

conscientes de lo que constituía la base conceptual de su sociedad y se mostraban convencidos de que formaban parte de la civilización más elevada que había conocido la humanidad. Habían vencido a la barbarie nazi, y aquella victoria, que se había fundamentado en los años en que los británicos resistieron en solitario a Hitler, no podía ser un azar. Ellos estaban convencidos de que había algo parecido a una necesidad histórica en aquella victoria, y se debía a que la civilización británica estaba sostenida por la verdad. Sostener esta posición implica aceptar una idea integral del derecho. No es muy frecuente que en la historia una sociedad esté convencida sinceramente de la verdad de sus propios fundamentos sin que apreciemos cinismo ni fanatismo en ese gesto. En cierto modo, la posición de Hart tiene que ver con este proceso de autoconciencia de los fundamentos de validez del orden social de la democracia liberal. Sus límites están relacionados con evidencias y creencias asentadas en el seno de la sociedad que sostiene esa orden democrático. Como vamos a ver, estas evidencias, sin embargo, se revelan en la obra de teatro de Rattigan, mientras se mantienen como supuestos en los análisis de los teóricos positivistas del derecho.

Todos estos hombres, Austin, Rattigan, Hart, Asquith, reflexionaron sobre la manera en que las bases civilizatorias británicas podrían salir reforzadas tras la gran victoria sobre Hitler. Esa reflexión, con una pedagogía legitimadora indiscutible y eficaz, es la que aborda *The Winslow Boy*, sobre todo con el personaje de Sir Robert Morton, el abogado de la obra de Rattigan. Por eso deseo llamar la atención sobre las páginas finales de la obra, porque están cargadas de un dramatismo importante que puede ofrecer lo que hay detrás como implícito en el positivismo jurídico, ya desde Kelsen, aunque los análisis positivistas no saquen a la luz. Mi sugerencia en este caso es que el positivismo se aleja de una idea integral de derecho sólo como una metodología analítica, por una división de trabajo universitario. Esto es lo que permite explicar que Kelsen fuera tan teórico del derecho como de la democracia, pero se negaba a ser teórico de la democracia en tanto analista del derecho. Creo que contra esta separación analítica se levanta la escena de Rattigan y se levantará siempre que la reflexión verse sobre los fundamentos de legitimidad de un orden social. En suma, la obra de Rattigan pone en cuestión, desde la perspectiva del laico, la división de trabajo científico tan rígidamente establecido por el positivismo.

La escena tiene lugar entre el abogado defensor y Catherine, la hermana del muchacho Ronnie Wislow, acusado de un robo en el curso de su servicio militar como cadete de la armada. El caso, que se basaba en el

escándalo real del hijo del coronel Archer-See contra el Almirantazgo, llega a juicio y tras la sentencia absolutoria tiene lugar la escena entre la hermana del muchacho, una militante feminista, y su abogado. Este, que es un *tory* declarado en el Parlamento, ha manifestado a lo largo de la obra un carácter completamente impenetrable, incluso hosco, huidizo, que llevó a la familia a sospechar cierta parcialidad a favor del Almirantazgo. La escena final nos muestra a la joven feminista ya plenamente consciente de que se ha equivocado acerca del abogado, que ha malinterpretado su actitud de reserva. Está dispuesta a disculparse. Pero incluso entonces el abogado no quiere escucharla. Al final el abogado resulta esquivo, siempre a la defensiva, encerrándose en una intimidad impenetrable. Esta actitud contrasta sin embargo con el sencillo hecho, que fue apreciable a la vista de todos, de que el abogado lloró cuando se pronunció el veredicto y el frágil e inocente muchacho fue repuesto en su honor frente a la potencia del Almirantazgo y de la misma corona. En esta dimensión de Jano del abogado tenemos una protesta contra las unilateralidades del positivismo. Ante la pregunta de la muchacha, que muestra su extrañeza ante esta contradicción entre su frialdad y su emoción, igualmente intensas, el abogado ofrece la respuesta precisa: «I wept today because *right* had been done».

El diálogo verdaderamente teórico, el que nos interesa, tiene lugar ahora. La señorita Winslow se muestra asombrada. «Not justice?», pregunta. Y el famoso abogado tory responde de una manera sobria, pero segura: «No. Not justice. Right. It is not hard to do justice - very hard to do right. Unfortunately, while the appeal of justice is intellectual, the appeal of right appears, for some odd reason, to induce tears in court». Esa extraña razón es lo que debemos buscar en todo esta cuestión. ¿Cuál es la extraña razón por la que precisamente el derecho, ahora como lo justo, tenga más capacidad de emocionar que la abstracta justicia? ¿Por qué la justicia es demasiado intelectual? ¿Qué hay de fácil en ella? Creo que ahí está la clave que revela lo oculto en el positivismo de Kelsen, y que en Hart, tal y como lo analiza el Prof. La Torre se hace más explícito. Es fácil realizar la justicia cuando la sentencia se deriva con cierta facilidad del cuerpo de la ley. Aquí normas primarias y normas secundarias se ajustan con facilidad en una continuidad normativa estructural. Tenemos la ley y derivamos la aplicación al caso. Se trata de juicio determinante kantiano, que solo requiere entendimiento, esa capacidad de identificar la regla de reconocimiento y aplicarla al caso. Rattigan no está en el horizonte del derecho natural, desde luego, como vamos a ver. No considera que la idea de justicia esté condicionada por el derecho subjetivo. No se habla aquí de

“mi justicia” y en su obra todo permite suponer la peripecia dramática está condicionada por la *Rule of Law*. Sin embargo, la justicia como mera aplicación de la ley no es lo decisivo ni lo importante.

Eso permite ver que la figura del juez no es la decisiva. El abogado es el personaje principal porque es un combatiente. Pelea cuerpo a cuerpo en defensa de un ser humano que puede ser pisoteado o no, en casos difíciles en los que el juez tiene una clara libertad de acción. Por eso se da una contraposición curiosa aquí. Como caballero combatiente, el abogado tiene que desplegar la lógica más fría y desapasionada, pero tiene que construir el caso singular y eso requiere imaginación. Por eso el resultado está atravesado por la emoción. En el caso singular que combate el abogado, un ser humano se juega su derecho a través de la construcción de una historia y eso en una situación en la que siempre se da una diferencia de poderes, a veces extrema. Aquí lo fundamental no es la norma primaria y sus derivaciones lógicas, sino reconocer el caso de forma genealógicamente fundada. Tenemos aquí un momento previo a eso que Hart llama *norma de reconocimiento*, sin la que no hay validez concreta de las normas positivas. Se trata de una construcción de *quid factum* en la que se engasta el *quid juris*. Para que esa norma de reconocimiento funcione, es preciso que existan hábitos, convenciones y costumbres asentadas de forma general en la sociedad. Pero activar este consenso básico de evidencias compartidas en *un caso dado* no es fácil. Por eso la justicia, que solo tiene que ver con el *quid juris*, es fácil y lo justo, que tiene que partir previamente de la construcción de un *quid factum*, difícil. Es como el juicio determinante y el reflexivo de Kant. El primero es fácil, porque basta con seguir reglas lógicas del entendimiento; el segundo es difícil porque hay que reconocer el caso, construirlo, imaginarlo y elevarlo en tanto paradigma a su propia norma. Cuando se logra se produce la emoción de formar parte de una sociedad bien constituida, legítima, y por eso capaz de ser justa no ante todo en sus códigos, sino en sus juicios.

El giro final de la obra nos lleva a una perfecta autoconciencia de todo esto. Tenemos aquí a un tory que llora porque un niño ha ganado un caso a la corona, él, que hace de la defensa de la corona la clave de su ideario. Cuando la muchacha le pide que explique cómo es posible conciliar ambas cosas, sus creencias políticas con su creencia en el derecho, el abogado dice que ningún partido tiene «a monopoly of concern for individual liberty». Es más, de forma positiva afirma que «all parties are united» sobre este asunto de la libertad individual. El punto decisivo para nosotros ahora es que lo justo se puede abrir paso respecto a la libertad individual porque acerca de

este asunto la cuestión no es política en el sentido de que no se refracta según los partidos. En realidad, este asunto es el que constituye la base del conocimiento moral en sentido universal. El ámbito de la libertad individual y sus hechos, sus acciones, sus consecuencias, puede generar consenso a la hora de ser observado y de decidir lo que es justo. Sin embargo, esta no es la parte fundamental del argumento. La señorita Winslow recuerda que en realidad ese consenso no está respaldado por todos, ni está asegurado por un cognitivismo moral universal. Mucha gente antepone el sentido político, y la hostilidad que encierra, al sentido moral y al respeto de la libertad personal. «No. Not all parties. *Only some people from all parties*», matiza la señorita Winslow. El cognitivismo moral no es asumido por los partidos en tanto tales. Es un saber individual sobre lo individual. El argumento moral así tiene fuerza capaz de abrir paso al juicio justo porque goza de peso social. El abogado no puede sino reconocer que es una observación muy sabia. La cuestión es si ese saber moral, que presenta cierta trascendencia respecto de la política de partido, tiene suficiente fuerza social como para decidir lo justo. Este circuito es el que permite apreciar la dificultad de la relación entre moral y derecho. Incluso aunque se considere que la moral es accesible al conocimiento universal, todavía reclama una traducción social y sobre todo exige que ese conocimiento y esa fuerza social esté por encima de las decisiones políticas partidistas. En suma, exige que el principio moral se imponga sobre el principio específicamente político partidista. Esto en cierto modo es lo que reclama que el conocimiento moral universal goce de una suficiente base democrática general. Estamos en el centro mismo de la defensa de la democracia liberal. Era liberal porque el conocimiento moral tenía que ver con la apreciación de la libertad individual, y era democrática porque era razonable esperar, como propone el abogado de Rattigan, que «that those “some people” [de todos los partidos, es decir, aquella parte de pueblo concernida por la defensa de la libertad individual] will always prove enough people». Entonces las bases morales universales constituirán también la base de lo social y con ello del derecho. Con la construcción del caso y con la activación de los hábitos, creencias y costumbres capaces de asentar la individualidad del juicio, es la propia sociedad la que se reconoce en su base común, en su sentido común, como diría Kant. Y ese autorreconocimiento de la base común compartida en un caso paradigmático dado es lo que emociona produciendo lágrimas. Esa es la extraña razón a la que hacía referencia Morton.

Estamos hablando de 1947 y aunque se había vencido a Carl Schmitt, que negaba esta conclusión, todavía no había surgido el problema de la justicia social como elemento central de la acción gubernamental. Mi comentario más general tiene que ver con el hecho de que, como muestran los análisis de Amartia Sen, los problemas derivados de la irrupción de la justicia no se han traducido de forma clara en una idea integral de derecho y eso explica en buena medida la evolución que el libro del Prof. La Torre describe, y la específica evolución que ha sufrido el positivismo en la obra de Raz. Cuando emerja este problema, como fundamento del Estado de Bienestar que comienza a entrar en la agencia política inglesa en estos años, todo el organismo integral de moral, política y derecho que fundamenta la democracia liberal, y que permite al positivismo dejar como implícito el problema moral y político, se fractura de forma importante. La cuestión central ya no está en lo que prohíbe el derecho o en lo que obliga según una norma. Ya no está en reconocer que un caso cumple o no una prohibición o una obligación, ni por tanto reclama una sanción. Ni siquiera está en saber si estoy autorizado a hacer algo o no o si algo está en la esfera de mi libertad. La cuestión ahora está en saber si una condición social (no una acción singular, sino un disponer o un poder) es justa en algún sentido de justicia social básica. Se trata de la cuestión no del “tiempo de deber”, sino del “tiempo de poder” y de emitir un juicio del que se derive alguna obligación en derecho por parte de las instituciones centrales. En la medida en que el conocimiento moral tenga que referirse al problema de la justicia distributiva, resulta muy difícil asumir que se pueda invocar una norma de reconocimiento a lo Hart. La clave es que también carecemos de casos arquetípicos suficientes para identificar modelo de lo justo, como sucedía en la obra de Rawls. Pero si la problemática de la justicia está en la agenda del Estado, este deberá mediar jurídicamente sus decisiones de alguna forma. No puede dejarlas en la abstracción de un nuevo derecho natural sin interpretación social paradigmática. Este sería un motivo decisivo para que el positivismo jurídico no considere este problema como propio.

En todo caso, un ámbito nuevo de juicio, no previsto en la democracia liberal, se abre paso con este problema. No seré el primero que trace un paralelismo entre la obra de Dworkin y de Rawls, y creo que esta relación está implícita en buena parte de la reconstrucción inmanente que ofrece Massimo La Torre en su libro. Podemos preguntarnos si quizá no hubiera sido preferible que aquí el argumento fuera más explícito. Dado que él apuesta por un anclaje del derecho en las dimensiones morales, quizá debería haber acompañado algunas líneas acerca de cómo han

evolucionado también estas percepciones morales implicadas en la idea de justicia. Nadie como Rawls ha hecho avanzar estas percepciones mediante su equilibrio reflexivo. De ellas se deriva un principio básico que dice, de forma parecida a la *lex permissiva* kantiana, expresamente diseñada para regular la justicia distributiva, que una desigualdad se permite temporalmente (no es abiertamente inmoral) en la medida en que no bloquee cursos de actuación que conduzcan a su eliminación. Dicho positivamente: se puede aceptar provisionalmente una desigualdad en la medida en que la actuación bajo esas condiciones de desigualdad lleve a una disminución progresiva de la misma. De otro modo sería una desigualdad inmoral.

Si este es un principio de moralidad, resulta evidente que es el mejor candidato a lo que Dworkin llama principio. El problema es si puede integrarse en un concepto integral de derecho capaz de establecer casos paradigmáticos. La aspiración teórica de la época fue orquestar la manera en que un tal principio se pudiera proyectar sobre un ordenamiento jurídico. Esto no podía hacerse desde luego como norma primaria, ni se podían generar juicios a partir de normas de reconocimiento. Hart aquí nos abandona pues en el fondo avistábamos *terra incognita*. Para generar esta nueva idea integral de derecho se debía cambiar la comprensión del derecho, y por eso se dio entrada al principio hermenéutico y se propuso la necesidad de la integridad de normas positivas y principios de interpretación o de adecuación. Esta articulación no era evidente ni estaba fácilmente fijada. Sin embargo, debía ir más allá del estrecho concepto semántico del juspositivismo y de su voluntad restrictiva de análisis del sistema jurídico. Es lo que haría el segundo Dworkin, el de *Law's Empire* de 1986, el momento anterior a la caída del Muro, el momento glorioso de Occidente. Para ello, los principios, como comenta Massimo La Torre, debían presentarse como razonables, fijados por los juristas y por los consensos ciudadanos. Si la teoría del derecho «assume ora i contorni di una generale dottrina dell' interpretazione delle pratiche social», como dice en la página 16, requería principios de interpretación. Mi argumento sugerirá que las prácticas sociales han devenido tan complejas que no permiten interpretaciones sencillas ni fáciles y que por eso la integridad del derecho se encuentra en este contexto con dificultades adicionales.

En todo caso, Rawls se nos presentaba así como el intento de trasladar las evidencias morales más allá de los principios liberales de libertad formal, para proponer creencias compartidas de libertad como igualdad y autonomía en tanto “tiempo de poder” de cada uno, los dos

principios jurídicos fundamentales en la *Metafísica del derecho* de Kant. Para la nueva doctrina, que preveía un derecho abierto a la discusión y a la controversia, era evidente que se tenía que dotar al juez de discrecionalidad hermenéutica capaz de fundar una pragmática abierta. Esto es muy acertado, desde luego, pero encierra problemas ulteriores a la hora de forjar, como en la obra de Rattigan, la suficiente gente de todos los partidos que apoyen estas interpretaciones. El problema es si ese principio de justicia basado en interpretación realizada a la mejor luz cumple lo que Massimo expone en la página 13; esto es, si ofrece «un sistema di certezze» capaz de sostener la «vigenza istituzionale dello Stato di diritto, della *rule of law*».

En el análisis que a continuación hace Massimo La Torre de la *tesi dei diritti* de Dworkin, no ofrece ejemplos concretos que puedan servir de paradigma. Pero si no tenemos un paradigma, este es mi punto, no podemos dar un significado ni a la certeza, ni a la pragmática abierta de interpretaciones, que siempre requiere la base de al menos un caso paradigmático. En este sentido, hay que observar que cuando Dworkin pone el ejemplo de referir a principios morales la despenalización del aborto, se refugia en un caso de lo que podríamos llamar con Rattigan “right”, un derecho liberal a hacer algo, a ampliar un fragmento de libertad individual en un caso concreto, a una autorización concreta, pero no a una condición que afecte al “tiempo de poder”. Por supuesto, en un caso así es fácil apelar a principios razonables y universales porque asume evidencias mayoritarias de la noción de libertad. Pero esto no es un ejemplo de justicia distributiva, económica y social. Proponer un ejemplo propio de aquel derecho que estaba resuelto en el positivismo jurídico estabilizado, justo para defender una comprensión de derecho que tiene como nuevo contexto la idea de justicia social como exigencia de condición de igualdad, no parece una práctica argumental correcta. Para este tipo de casos, el derecho de la democracia liberal ya gozaba de *integrity*. Sólo los casos que son difíciles desde el punto de vista de la justicia como equidad en dirección a la condición de igualdad reclaman otra comprensión del derecho. Por supuesto, sólo aquí debería regir el supuesto de que hay un juez ideal que dicta la única sentencia correcta y verdadera desde la totalidad integral de las normas y principios. Tras el juez Hércules de Dworkin debemos ver los jueces, por ejemplo que deben dictar sentencias sobre si atender o no en los servicios médicos a personas sin seguridad social, porque la integridad implica hacer valer la norma constitucional que reconoce el derecho a la vida. No podemos aceptar que la *One Right Answer* ya trabaje con la previsión, que Massimo La Torre reconoce, de que esta se halla «al di là del

fatto contingente della sua effettiva realizzazione», como dice en la página 15. Un derecho cierto y verdadero sin realización efectiva deja de serlo y se parece a la vieja idea de justicia del derecho natural.

Y este es el punto de cruz. Si la idea de justicia social, como condición, forma parte o no de la integridad del derecho. El positivismo jurídico dice que no. Para esos casos de justicia deberían cumplirse las condiciones de un juez Hércules. Y ahí está la clave de todo, ver con claridad a qué dificultades se encuentra en esta posición. Massimo La Torre asume con claridad en la página 17 que «la interpretazione assume forme diverse a seconda del contesto, e dunque può essere soggetta a differenti canoni o criteri». Para estas interpretaciones vale o debería valer la interpretación constructiva de Dworkin. Podríamos avanzar en un ejemplo que cumpla estos niveles de la interpretación constructiva y así apreciar las dificultades. La existencia de una «immediata ricaduta morale», permitiría a través de este ejemplo referir un caso *sub iudice*, por ejemplo una protesta salarial en una empresa en la que los salarios más altos sean 3000 veces el más bajo, y operar con esos criterios. Aquí hay una exigencia «*prima facie di giustizia*», de la «*giustizia della rivendicazione*», y de la pretensión de moralidad. ¿Cómo garantizar en este caso la “certezza del diritto”? ¿Cómo operaría quí el problema de los principios morales de justicia?

Veamos los pasos que propone Dworkin según nuestro ejemplo. Pues lo importante es que aquí no podemos reproducir la escena final de la obra de Rattigan sobre el caso del joven Winslow. Hay siempre dos partes enfrentadas por la interpretación de la justicia de tal manera que no habrá un sentimiento de emoción compartido. Hay dos percepciones morales enfrentadas. En Winslow la sentencia es justa para las dos partes, En caso de percepciones enfrentadas lo justo para una parte es un atropello para la otra. En efecto, el nivel preinterpretativo permite identificar los criterios que dan contenido provisional a la práctica social. Aquí nuestros ejecutivos dicen que ganar 3000 veces lo que gana el último empleado es una práctica social justa porque su responsabilidad se ejerce más o menos en esa proporción. Si su trabajo es malo, los tres mil empleados de la empresa se irán a la calle, mientras que si el último empleado se va a la calle, puede ser fácilmente sustituido. Puede además añadir que esa empresa contribuye al orden social sistémico y de este modo contribuye al equilibrio social general. Sólo él garantiza el funcionamiento de la empresa, mientras que el último empleado no. Ahora se puede pasar al nivel interpretativo diciendo que hay un principio general que justifica esa diferencia: el principio de eficacia económica, sin el que la sociedad no podría subsistir. Desde ese

criterio de eficiencia económica es justo que él tenga ese sueldo. El momento reconstructivo implica una reformulación de lo que la práctica exige si el momento interpretativo ha de ser funcionar como una justificación. Aquí nuestro ejecutivo puede aludir a que ha llegado a desempeñar este cargo bajo el principio de eficacia cumpliendo a la letra las condiciones de mérito, experiencia, éxito contrastado en trabajos anteriores e independencia de nombramiento respecto del poder político.

Por supuesto el defensor de los empleados puede decir, atendiendo a los tres niveles, que si los tres mil empleados se marcharan y ninguno viniera a trabajar por el bajo salario, la empresa se iría también al garete; que el principio de eficacia no es el único a tener en cuenta, porque un tal Rawls dice que las condiciones desiguales son moralmente aceptables solo si abren el curso de acciones que permiten disminuirlas y que con esos sueldos no pueden llevar sus hijos a clases de inglés, ni en realidad pueden ofrecerles una habitación cómoda y que de esta manera se condena a sus hijos hasta la eternidad a no salir de esa condición de desigualdad y con ello su "tiempo de poder" se queda vacío y el principio supremo de autonomía carece de significado. Y que el principio moral último de máximo beneficio y mínimo perjuicio social se puede cumplir aquí de forma equilibrada porque su demanda salarial permite mantener el beneficio de la eficiencia mejorando la condición igualdad. Pues no se puede decir que el principio de eficiencia solo esté asegurado con ese salario del ejecutivo y solo con ese.

Tenemos aquí dos cursos de interpretaciones, con dos tipos de criterios, de contextos y de reconstrucciones que encierran dos perspectivas sobre la moral y la justicia. Y la cuestión es si podemos emplear aquí un principio que pueda cumplir el criterio de universalización. Y esto no parece evidente. No parece que haya un principio moral vigente listo para ser aplicado, capaz de reconstruir las preinterpretaciones desde una exigencia de universalidad y de servir de inspiración al sistema jurídico con la respuesta correcta propia de un derecho cierto. En términos de la obra de Rawls: sobre este punto no hay gente suficiente en el pueblo, pertenecientes a todos los partidos, para apoyar una percepción como sentido común. Respecto de la justicia social, sobre el sentido de condición social que no es aceptable, quizá no haya una interpretación de las prácticas sociales que permita pronunciar un *ius certum*. Quizá la comprensión integral del derecho colapse aquí, por el momento.

Por supuesto, podemos asumir que el concepto aspiracional o ideal del derecho (afirmado en la página 19), podría ser el de Rawls + Dworkin, compatibilizar eficiencia e igualdad, y trasladar esa aspiración como parte

de la integridad del derecho, pero de ahí no se deriva regla de reconocimiento alguna para decidir en el caso concreto acerca de esa aspiración, ni se deriva que sea bien visto que el juez tenga permitido entrar en este ámbito económico privado con claridad y por lo tanto que el juez tenga jurisdicción sobre este asunto, que así resta como una valoración moral si traducción doctrinal.

Como Dworkin sugiere, esta dimensión interpretativa del derecho utiliza conceptos que son esencialmente contestados y sometidos a controversia. Sus criterios de uso son diferentes porque incluso la interpretación de la práctica social que se juzga puede ser diferente; en nuestro caso, se puede precomprender la situación como parte de una práctica económica o como una práctica social más general. Y eso puede implicar acudir a estratos dogmáticos de la constitución diferentes. Esta diferencia dificulta las valoraciones morales *universales* sostenidas sobre la evidencias compartidas habituales. Sin duda estas diferencias tienen que ver con interpretaciones muy diversas del alcance del principio jurídico fundamental de la libertad, la igualdad y la autonomía. En realidad, los estratos ya están alojados en estos principios, pues la libertad se puede evidenciar en actos, pero la igualdad y la autonomía son condiciones.

Pero esto nos lleva a una cuestión que Massimo La Torre no plantea expresamente. Su argumento invoca la existencia de principios morales universales. Y resulta evidente que no existen de una forma tal que puedan traducirse a fundamentos de derecho de forma unívoca. Esto es así porque las prácticas sociales no son únicas ni homogéneas, como se contemplaban en la sociedad liberal de Rawls, sino que están estructuradas en esferas de acción, cada una con su propia lógica interna, capaz de desplegar interpretaciones sociales diferentes de los mismos principios morales generales. Lo que sea libertad, igualdad, o autonomía, en la esfera de la economía, no lo será en la esfera artística, o en la científica, en la estética o en la política. Si acerca de una misma práctica se puede discutir ante todo la esfera desde la que es interpretada o mirada, entonces la noción de injusticia en ella puede ser entendida como diferente. Por supuesto, la decisión se ajustará a valores y argumentos morales, pero estos no se podrán reducir a aplicar criterios unívocos ni universales de partida. En todo caso, la percepción del viejo organicismo queda rota y la posibilidad de recomponerlo ya no se aprecia con facilidad.

Y es justo esa dificultad interna al curso del argumento de Dworkin el que lleva a la comprensión de Joseph Raz del juez como autoridad apoyada en la invocación de la legalidad como único intérprete y como

única realidad relevante a interpretar. Esta posición no sería tanto la reacción en la defensa del positivismo de Hart, sino una manera de detener la inclinación al activismo judicial a la que podría llevar la centralidad del Juez Hércules al que Dworkin lleva todo su argumento. Pues se puede considerar que, en el fondo, ya la posición del juez heroico de Dworkin es decisionista. El decisionismo que con razón el Prof. La Torre ve en Raz parece en este escenario inevitable, pero no por las razones que La Torre arguye (por obstinación positivista), sino justo por el propio argumento. Raz propondría un decisionismo limitado a la ley, frente a uno inspirado por principios jurídicos y morales. Pero en todo caso parece que estamos ante dos formas de decisionismo.

Todo esto induce a mirar más de cerca el problema. Si en efecto el juez ideal es el que se hace cargo de decidir desde qué óptica mirar el problema, desde qué principios morales últimos de argumentación, entonces tiene que estar dotado de autoridad para hacerlo. Y esa autoridad ciertamente es decisoria, autoautorizativa, en la medida en que implica un poder neutralizador; a saber, qué óptica o esfera social no es aplicable al caso. En nuestro caso, el juez que neutralizara la economía como óptica de juicio, podría aplicar la parte dogmática de la lógica constitucional desde los principios de autonomía y de igualdad. Pero también podría hacer lo contrario, neutralizar la óptica social y privilegiar la económica. Este poder neutralizador es el que exige una última instancia de autoridad. Raz quiere limitar esa autoridad al contenido de la ley positiva, marginando la parte dogmática de la constitución o estableciendo sus límites a partir de sentencias autorizadas. Por eso Raz lleva directamente al desarrollo de los tribunales constitucionales que definen en valor positivo de los principios dogmáticos de la propia constitución. En el fondo no hacen sino concentrar en esos tribunales la autoridad de la decisión de neutralización. Lo hemos visto en España cuando se asumía que las leyes arcaicas de desahucios o de hipotecas no estaban en contradicción con el derecho a la vivienda de la Constitución, como garantía de la condición de autonomía. Una vez más, se neutraliza una mirada constitucional directa en el sentido de que prima el derecho de propiedad y de libertad económica, y sus leyes positivas, sobre los principios jurídicos y morales, que así quedan neutralizado. Por supuesto, la potencia neutralizadora puede argumentarse desde una comprensión moral y jurídica que hace de la libertad económica el principio básico de la dogmática constitucional y de las prácticas sociales. Hayek ha ofrecido argumentos acerca de esta comprensión de la moralidad y del derecho correspondiente. En realidad, el aseguramiento del límite de la

capacidad neutralizadora, más allá de la autoridad de los jueces que reivindica Raz, ha llevado de forma directa a Nozick y el Estado mínimo (que es un estado máximamente neutralizado), la otra forma de romper los equilibrios de la democracia liberal.

Así que cuando miramos los cursos evolutivos de la teoría del derecho, tan magníficamente propuestos por el Prof. La Torre, desde estos contextos histórico-sociales, nos damos cuenta que tras ellos se manifiestan algo más que cuestiones de lógica jurídica, comprensión de las normas y coherencia en la descripción de las prácticas jurídicas. También revelan procesos sociales abiertos acerca de esas prácticas y de las prácticas jurídicas que se acaban imponiendo. Todos estos procesos están relacionados con el hecho de que vivimos en un mundo donde la obra de Rawls queda como ejemplo del pasado dorado de la sociedad liberal, completamente desbordada en nuestros días por un pluralismo moral que rige las diversas esferas de acción social. Y de la misma manera que no disponemos de una teoría que las organice, porque es imposible, no disponemos de una interpretación unívoca de esas prácticas que las articule de tal manera que genere un supuesto sentido moral interno de pretensiones universales.

Así que, en último extremo, lo que permitía el equilibrio de la democracia liberal era la existencia de un mundo de la vida social estable en el que se ofrecían como evidencias implícitas las libertades fundamentales y los derechos básicos de la acción del individuo. Cuando ese mundo de la vida comenzó a verse alterado por la propia acción del Estado, que desde su dogmática constitucional generaba una esfera de acción política dirigida a la justicia como condición social de igualdad, capaz de producir mandatos imperativos, orientados por el reconocimiento de una libertad positiva cada vez más amplia como condición autónoma o tiempo de poder, fue cuestión de tiempo que el debate sobre las evidencias morales saliera a la luz y estas dejaran de ser implícitas. Eso hizo del tiempo del Estado de Bienestar un tiempo de transición y por eso la teoría del derecho se desarrolló entre las dos opciones de la defensa positivista o de la adaptación funcional de Dworkin a las nuevas prestaciones de justicia.

Pero cuando no se pudo evitar que la discusión y el análisis de los límites de la idea de integridad del derecho llevara a la clave del problema que Massimo La Torre nos propone en el libro: la negación del universalismo moral. Pues con ello se permitía la fractura del consenso sobre el alcance de los principios jurídicos, la dificultad de una fundamentación democrática irreversible y epocal del derecho, la dificultad de una interpretación común. Al carecer de esa base, todo se volvió contra

el juez Hércules de Dworkin. Eso es lo que ocurrió con la propuesta de la autonomía del derecho frente a toda moral de Luhmann, que desde la ontologización de las esferas de acción social hace del derecho un subsistema social dotado de su propia lógica autopoiética. Esta posición, aunque altamente especulativa, es bastante cercana al neoinstitucionalismo de Otta Weinberger, pero en realidad son alternativas filosóficas convergentes con juez con autoridad de Raz como última instancia legítima de facto, o a la primacía de los jueces constitucionales descrita por Ran Hirschl, que hace de esos tribunales el último criterio de la interpretación de la normatividad legal, que sería la única que queda en pie.

Pero lo que hay en el fondo de todo eso, cuando miramos desde el organicismo jurídico de las democracias liberales, que vemos en Rattigan, es que el sentido moral en nuestras sociedades no tiene ya una dimensión unívoca. Y eso hace que a todas las invocaciones a la integridad jurídica, que atraviesan el libro de Massimo La Torre, les subyazca la debilidad de que no tenemos una idea clara y unívoca del significado de los principios morales que constituyen, ya desde Kant, principio jurídicos universales. No es tanto la universalidad de la libertad, la igualdad y la autonomía lo que está en juego, sino la pluralidad de sus interpretaciones. Y aquí creo que está la cuestión básica. Porque si se acepta la pluralidad no podemos asumir la universalidad en sentido semántico, la fuerza lógica de la validez universal de una interpretación y, por consiguiente, de la decisión que fundamenta. La imposibilidad de un universalismo moral de partida se deriva de la pluralidad moral propia de un sociedad dotada de esferas de acción, carente de una idea total que las regule. Este hecho impone una general sobredeterminación de la acción y de la perspectiva. Cada esfera está determinada por su lógica y por las determinaciones desreguladas que la imponen las demás. Por eso se impone la primacía de la dimensión contextual de toda decisión y acción. También de la acción del juez. Eso se aceptó, como vimos, por Dworkin y por Massimo, pero no creo que se hayan analizado hasta el final los problemas que implica.

Un autor que Massimo cita con frecuencia en su texto, Peter Winch, escribió un artículo en *The Monist*, en 1965, titulado "The Universalizability of Moral Judgments", que ya se hizo eco de las dificultades que tenía el intuicionismo de Moore tanto como el cognitivismo moral en general. Su conclusión es la siguiente: «He argüido que decidir lo que uno debería hacer no es asunto de encontrar aquello que *cualquiera debería hacer en circunstancias parecidas*. Pero si, como he sugerido, existe un sentido genuino en el que está implicada la noción de "encontrar algo" aquí, entonces, debo

ofrecer una explicación de lo que quiero decir con esta última expresión. Me parece que lo que uno encuentra aquí *es algo acerca de uno mismo, más que algo de lo que se pueda hablar que se mantiene de forma universal*» (168). Esta puede ser una buena descripción de lo que hace realmente el juez Hércules y si estuviera apoyado solo en leyes positivas como reglas de reconocimiento podría ser una descripción de lo que hace el juez autoridad de Raz. Winch era consciente de que por este camino iba a una teoría de la autorrealización moral, en un sentido en el que por aquel entonces, en 1968, se comenzaba a imponer y que llevaría a la moral de Foucault como obra de arte. Pero *mutatis mutandi* se podría aplicar al juez que se autoriza a sí mismo a dar una sentencia en el sentido de que ha encontrado algo relevante a como él debe actuar, al margen de la condición universal que su decisión tenga. Y eso aunque, para mostrar su grado de compromiso con ese curso de acción, se expresara como un kantiano y dijera que eso es lo que en su opinión debería hacerse de forma universal.

Si asumimos este proceso como carente de problemas, por supuesto, entramos en un argumento peligroso para las bases consensuales de la vieja democracia liberal. La manera en que uno encuentra algo vinculante acerca de sí mismo sólo puede ser expresado en términos de las ideas morales, cierto, y sobre ellas se ha llegado a la decisión. Pero parece que a la idea de derecho le es interna la idea de universalidad y, sin embargo, la idea moral aquí no la apoya porque ella no la integra. Dworkin podría estar satisfecho solo a medias. Son esas ideas morales las que marcan el límite de posibilidad e imposibilidad de una acción. Sin embargo ninguna en estas ideas impide que una idea de moralidad alternativa pudieran llevar a posibilidades prácticas diferentes a otros actores. Esto es así porque lo que determina uno y otro juicio de posibilidad es siempre la *apreciación de la concreta situación por parte del actor*. Pero el problema es que, en una sociedad fracturada en esferas de acción, las formas de apreciación de la situación de acción son estructuralmente diferentes, según la esfera social de acción desde la que se juzgue y las esferas que han quedado neutralizadas. Y lo que es peor, si para salir de esas complejidad sin metarregla alguna asumimos la interpretación que se deriva del carácter directivo, sobredeterminante de la esfera económica, entonces podemos llegar a interpretaciones unívocas, pero restrictivas de la complejidad social y la idea de justicia como condición social. Eso es lo que ha hecho la comprensión neoliberal, que también tiene una teoría moral y una teoría del derecho.

Ahora bien, la apreciación de la situación concreta no es algo unívoco, ni viene impuesta por la situación misma, sino algo a lo que solo se llega desde la actitud del participante, entonces parece evidente que esta actitud es la que debe asumir el juez si quiere comprender el caso. Esto choca con la vieja imagen del juez y estoy de acuerdo con Massimo La Torre en lo que me parece un argumento central, que aquí el juez no puede caminar sin las líneas de los abogados, como sucedía en la obra de Rattigan. El juez Hércules de Dworkin no es posible sin abogados Hércules. Pues como dijo Hare en *Freedom and Reason*, de 1963, en un pasaje que cita Winch: «Es casi siempre [nearley always] presuntuoso suponer que la situación de otra persona es exactamente *como aquella* en la que estamos nosotros mismos o incluso como esta en sus detalles particulares relevantes». Pero si esto es así, Winch no puede sino reconocer que «el principio de universalidad es ocioso» [*idle*] (169). Las conductas morales pueden ser diferentes justo en atención a dos conjuntos de consideraciones conflictivas sobre la misma esfera de acción, sobre su condición de sobredeterminada, pues esta condición define las circunstancias y las descripciones de las prácticas en las que juegan las razones morales. Y eso hace casi imposible una misma aplicación de la cláusula «exactamente las mismas circunstancias». Con ello, dice Winch, se le retira toda fuerza lógica al principio de universalización moral. Winch, que es un weberiano, como yo, no ha aplicado aquí la teoría de las esferas de acción social, pero es fácilmente aplicable. Pues ella es la que permite aproximarse, solo aproximarse, a definir algo parecido a «las mismas circunstancias». Eso es lo que ha llevado a Blumenberg a decir que la aproximación moral a la hora de juzgar a otra persona es más bien ociosa, la otra cara de la tesis de Raz de que el juez ha de atenerse a la ley positiva y tener una autoridad exclusiva en ella.

Sin embargo, resulta evidente que esto no elimina la moral ni su relevancia para el derecho. Rompe con una idea de universalidad de la moral como algo que ya está ahí disponible y sirve a los argumentos del juez. Lo estuvo en la sociedad que describía Rattigan. Pero no lo está. Eso es lo que explica que Akerbloom, el kantiano de *Las Mejores intenciones*, la novela de Igmarr Bergmann, resume el imperativo categórico así: «¡Se concreto!». Lo que dice es que de nada nos sirve tener un principio universal si no tiene una interpretación universal. Es preferible tener un caso como interpretación concreta, aunque no pueda presentar como universalizable de entrada.

Por supuesto que este argumento, lejos de eliminar el juicio moral y de ir en contra de los supuestos de Dworkin, lo afirma, desde luego; pero

eso hace que la sentencia jurídica dependa de una previa interpretación y construcción del caso en el que la decisión moral funciona. Eso implica establecer desde qué esfera de acción y desde qué forma moral de las posibles vamos a establecer el juicio, lo que implica un complejo juego de neutralizaciones. Lo que ya no podrá fingirse es que seguimos en el supuesto armonicismo que existía en la sociedad liberal anglosajona de la señorita Catherine Winslow. Y justo porque no hay forma de armonizar las diferentes exigencias, procedentes de las diferentes perspectivas morales con sus jerarquías argumentales, se ha concedido la centralidad hercúlea a los jueces. Esto *hace parecer* que, tras ese ideal complejo de Dworkin, se introducen prácticas decisionistas del juez Hércules, y a eso responden las tesis expresamente decisionistas del último Hart y de Raz, para dirigir las prácticas judiciales a otro sentido más limitada. Y también como reacción a estas tendencias, se ha impuesto una clara jerarquización de los sistemas jurídicos. Y esta ha abierto paso a leyes dictadas desde coyunturas políticas partisanas que conceden a los TC competencias de última decisión, un proceso que en el fondo juega con legitimidad de facto de la ley al margen de toda pretensión de validez ideal. Y dadas las consecuencias, podemos preguntarnos si efectivamente puede existir legitimidad como autoridad *de facto* sin esta otra que analice su validez ideal.

Como es natural, para un weberiano, llevar las cosas al problema de la legitimidad es moverse en terreno conocido. Pues aquí, si volvemos por un instante a Rattigan y a la democracia liberal, nos damos cuenta de que su base última, de procedencia hobbesiana, era sencillamente que la economía ya estaba neutralizada como ámbito privado que el Leviatán dejaba más allá de su ley pública. Pero con la sociedad de masas y la democracia en sentido de Tocqueville, ya no podemos asumir esta posición. Por eso dijo Schmitt que el motor que hacía evolucionar occidente era Tocqueville, el destino de una democracia de masas como homogeneidad social e igualdad de condición, lo que Weber llamaba socialización; a saber, una economía sobredeterminada por sus dimensiones sociales. Pretender que la economía quede neutralizada ante la esfera judicial, cuando ella se introduce en todas las estructuras de la vida social y personal, es dejar fuera de la vida del derecho la mayor parte de la vida social humana. Así que tenemos un bonito dilema. El juez Hércules tiene que encontrar la manera de no asumir la lógica neoliberal, pero al mismo tiempo tiene que neutralizar toda apariencia decisionista, porque esta apariencia refuerza el decisionismo positivista. Y tiene que hacerle invocando razones morales y principios jurídicos a sabiendas de que no son universalizables a priori. La

pregunta aquí es sencilla: ¿cabe encontrar un criterio para una sentencia no decisionista que no se base en una universalidad de partida? Creo que esta la pregunta a la que nos lleva Massimo La Torre.

Que los jueces tengan en cuenta razones morales y principios jurídicos en sus apreciaciones razonadas, es sencillamente invertir la neutralización propia de la sociedad liberal y es rechazar la univocidad neoliberal que ha sustituido la neutralización liberal de la economía clásica por la imposición de su centralidad. Esto es necesario que suceda si quieren ser portadores de la razón de una sociedad y no de un estamento. Con eso llegamos a la situación actual. Ni podemos volver a la sociedad liberal clásica ni tenemos abierto un camino de superación de la misma dotada de criterios de validez clara que no presuman universalidad de partida. Por supuesto, ante una sociedad que carece de una metaesfera teórica hegeliana que regule la relaciones entre las demás esferas, la única instancia de puede regular sus equilibrios desde la noción, de otro modo inexistente, de sociedad es el derecho como juego de jueces y abogados. Pero lo que imponen las modernas circunstancias es que esto solo se puede hacer desde la identificación paradigmática de lo que sean “las mismas circunstancias”. Creo que una buena manera de expresar esto es que lejos de disponer de evidencias, hábitos, creencias y prácticas universales a los que acudir los actores jurídicos, es en la construcción del juicio mismo donde se forjan los casos paradigmáticos. El criterio de objetividad es aquí más fuerte que el de universalidad. El caso paradigmático no es universal. Es el que fija con claridad las circunstancias de tal manera que otro caso pueda establecer con claridad en sus diferencias. Como diría Weber de los conceptos ideales tipos, no están hecho para imponerse en los demás casos, sino para que estos sean conscientes de las diferencias. No funcionan fundando universalidad sino la objetividad de los casos ulteriores. Fundan experiencia, no universalidad. Y toda experiencia es siempre una línea espiral abierta a nuevos casos.

Lejos de usar nuestros paradigmas morales y jurídicos compartidos, el juez los crea. Pero no es decisionista porque en realidad *encuentra* en la objetividad del caso las razones internas para sentenciar, algo que no puede hacer al margen de las construcciones de los abogados. Pero a esta objetividad razonada sobre la identificación del caso, con toda su complejidad argumental, es a lo que llamamos el fundamento de la validez de un ordenamiento (y una sentencia lo es). Esto no es posible *hallarlo* sin una participación en sus razones y un consentimiento en sus consecuencias por parte de la población que tiene que obedecer los ordenamientos. Ese

puede ser el principio de sedimentaciones que con el tiempo asienten una idea de justicia y permitan quizá las estabilizaciones que el abogado de Rattigan encontraba como apoyadas por algunas gentes de todos los partidos. Por el momento podemos decir que cunde la percepción de que no podemos tirar por la borda la esfera de acción económica, pero no hemos logrado una manera equilibrada de hacerla compatible con las demás esferas. Encontrar la interpretación de la economía que permita esa compatibilidad sería una adecuada forma de comprender la noción de validez adecuada a la época, que ya no sería un derivado de un argumento moral universalista, sino de una pragmática abierta capaz de compensar las diferentes percepciones morales vigentes y de unificarlos alrededor de casos paradigmáticos. Y eso requiere un modelo de sociedad del que carecemos y del que careceremos mientras la esfera de acción económica sea la que privilegiada y sobredeterminante, y no la determinada. Toda descripción de procesos teóricos inmanentes al ámbito jurídico debe necesariamente parecerse limitada a la hora de hacer frente a este proceso que es de naturaleza práctica. Sólo sabemos que no puede hacerse al margen del derecho, aunque para ello deba estabilizarse una comprensión integral del derecho de la que todavía carecemos.

Pero en relación con esto, sigue siendo verdad que si esas consideraciones jurídico-morales no se cruzan con argumentaciones políticas y de toda índole, de tal manera que haya suficiente parte del pueblo o de esa comunidad de todos los partidos con percepciones comunes de justicia económica y social, no se podrá hablar de validez de los órdenes en sentido ideal y entonces todo adquirirá un aspecto decisionista en manos de autoridades fáctica o institucionalmente establecidas. Sólo aquel cruce de razones podrá definir qué significa de forma común “las mismas circunstancias”, como se podrán aplicar los casos paradigmáticos, qué circunstancias divergentes serán o no relevantes, y se podrán definir las situaciones intolerables cuya solución de nuevo puedan hacer llorar a los abogados. Pero eso no va a suceder fácilmente. Implica la construcción de una comunidad republicana asentada en percepciones colectivas de justicia y de autonomía. Mientras tanto quizá lo mejor que pueda pasar es mantener la racionalidad específica de la comunidad jurídica y sus prácticas deliberativas, pero se abre el peligro de que la ficción de autopoiesis normativa imponga decisiones, desde los jueces de las cortes supremas, claramente limitativas de esa dirección de apertura propia de la experiencia de la que aquí se ha hablado. Aquí como siempre, las instancias concentradas nos devuelven a las formas clásicas de la soberanía

decisionista. Al final, la base de todo es si la democracia funciona de forma republicana eficaz y si el horizonte comunitario básico permite juicios convergentes de lo que objetivamente llamamos “las mismas circunstancias”. Todo dependerá entonces de la capacidad expansiva de determinados juicios capaces de fundar paradigmas, esto es, casos que sirven de regla. Si hay una conclusión en la *Crítica del Juicio* de Kant es que esa dimensión de sentido comunitario es necesaria al juicio tanto estético como sobre lo justo.

Así que a la pregunta de si es viable una comunidad de juristas en su autonomía sistémica, diré que obviamente no. Necesita una comunidad superior de referencia para disponer de una autoridad algo más que fáctica. Pero esa comunidad solo puede estar constituida por juicios singulares que sirven de paradigma y que abre experiencias ampliadas a otros casos. Sin ella, el juicio en sentido reflexivo colapsa y toda pretensión de identificación de las “mismas circunstancias”, la base de todo proceso de decisión jurídica, se diluye. No es por tanto el universalismo moral ya disponible la base desde la que se impone una sentencia jurídica de validez ideal, sino el argumento jurídico objetivo y sus juicios el que asienta el sentido común acerca de lo justo y forja percepciones morales concretas capaces de interpretar en casos los principios abstractos. En ese círculo se puede configurar una percepción ampliamente comunitaria republicana, semejante a la que funcionó en la democracia liberal, pero que por ahora no está en vigor en el mundo. Y sin eso, todo lo demás, positivismo, teoría de sistemas, decisionismo, neoinstitucionalismo, neoconstitucionalismo, populismo, me parecen que son salidas inducidas que no logran reconstruir el organismo de racionalidad práctica en cuyo seno vive el derecho. Entonces no incluso, sino sobre todo, el supuesto habermasiano que abre deliberativamente una evolución del sentido de validez, queda bloqueado. Por supuesto, siempre será mejor el sistema jurídico con su racionalidad interna especializada que el decisionismo del soberano schmittiano. Pero el derecho será entonces una práctica autonomizada arrancada de la bella planta del republicanismo en la que creció. Y solo cuando esta se reconstruya sobre bases culturales nuevas, suficientemente comunitarias, que integren la idea de lo justo en nuestra circunstancia histórica atravesada por la economía, podrá alcanzar la promesa que lleva implícita: ser la expresión más lograda de la práctica humana, justo por ser la más concreta.