

LA DIMENSIÓN INSTITUCIONAL DEL DERECHO Y LA JUSTIFICACIÓN JURÍDICA*

Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero
Universidad de Alicante

Que el Derecho es una institución social es un lugar común. Que el Derecho tiene una pretensión de normatividad –esto es, que pretende generar deberes genuinos de actuar– es otro lugar común. Y también es otro lugar común que articular estos dos rasgos es uno de los problemas centrales de la filosofía del Derecho. Pero quizás sea algo más: hace ya algunos años, Francisco Laporta, en el prólogo a una recopilación de escritos suyos titulada *Entre el Derecho y la Moral* escribió que «el problema de las relaciones entre moral y Derecho no es *un* tema de la filosofía jurídica, sino que es *el* lugar en el que la filosofía del Derecho *está*» (Laporta, 1993, p. 8). Quizás otro tanto podría decirse de las relaciones entre lo que algunos gustan de llamar el «anclaje social» del Derecho, o su carácter de institución social, y su pretensión normativa.

Naturalmente, un tema a la vez tan central y tan amplio, tan lleno de meandros y vericuetos como éste, excede de las posibilidades de este trabajo. Lo que aquí nos proponemos es bastante más modesto. Trataremos, en la primera parte, de argumentar nuestro desacuerdo con una posición que podría considerarse como el atajo más tentador en este orden de cosas: aquella según la cual el propio carácter de institución social del Derecho determina el carácter genuino de los deberes que surgen de él. Dado que esta posición ha sido defendida recientemente por Cristina Redondo, a través de una argumentación compleja que recorre al menos dos artículos –*Sulla rilevanza pratica del diritto* (Redondo, 1999) y *Normativity in Legal Contexts* (Redondo, 2000)–, la primera parte se dedicará a discutir –de manera breve– esos trabajos. En una segunda parte, y partiendo de una posición según la

* El texto, con levísimas modificaciones, se corresponde con la ponencia presentada (por Juan Ruiz Manero) en el Seminario hispano-italiano de teoría del Derecho celebrado en Imperia en septiembre de 2001, con el título de «sobre la relevancia justificativa de la dimensión institucional del Derecho».

cual la normatividad del Derecho puede fundamentarse únicamente en razones morales, exploraremos algunas implicaciones justificativas que, en este marco, tiene la dimensión institucional del Derecho. Implicaciones que han sido de ordinario, nos parece, más bien dejadas de lado en la literatura al uso sobre el tema y que, en concreto, fueron casi completamente obviadas en el tratamiento que hicimos de los principios jurídicos en *Las piezas del Derecho* (Atienza y Ruiz Manero, 1996), lo que determinó algún déficit de nuestra reconstrucción para dar cuenta de algunas instituciones jurídicas importantes y de algunas argumentaciones justificativas relativamente usuales.

1

1.1. El objetivo principal de Cristina Redondo es el de responder a la objeción según la cual el enfoque positivista es incapaz de explicar «la normatividad de las disposiciones jurídicas», esto es, «en qué modo, y en qué condiciones, el Derecho establece un ‘genuino’ deber de actuar, es decir, constituye una razón para hacer lo que el propio Derecho exige» (Redondo, 1999, p. 203). Pues se ha ido imponiendo la opinión de que, para lograr explicar esta «propiedad práctica fundamental», el positivismo debería «reconocer que la cualidad práctica del Derecho puede explicarse únicamente en base a la relación que el Derecho tiene con la moral» (*Id.*, p. 203-4), lo que, naturalmente, equivaldría al abandono de la posición positivista, tal como Redondo la entiende. Frente a ello, el positivismo debe mostrar que «es capaz de explicar esta propiedad en el interior de su propio esquema teórico, es decir, del esquema teórico que separa el Derecho de la moral» (*Id.*, p. 206). Tal es la empresa que Cristina Redondo se propone colmar.

El punto de partida para ello es el rechazo de lo que ella llama «la formulación habitual del llamado principio de unidad del razonamiento práctico», esto es, la tesis que sostiene que «existe un conjunto de principios últimos del razonamiento práctico», integrado por «los principios morales, que confieren homogeneidad y prevalecen sobre todos los demás discursos prácticos» (*Id.*, p. 211). Si se admite esta tesis no se puede dejar de sostener que «la separación entre ser y deber ser» se proyecta, por lo que hace al Derecho, en la «distinción entre lo que el Derecho es y lo que es racional o moralmente correcto hacer». Y ello implica que el Derecho sólo logrará «constituir deberes genuinos» si es «conforme a los principios morales» o regula «situaciones que son indiferentes desde el punto de vista de tales principios» (*Id.*, p. 211).

Frente a esta versión del principio de unidad del razonamiento práctico, Redondo propone una versión alternativa. Si la versión digamos dominante parte de la supremacía de la moral, la versión alternativa propuesta por Re-

donde parte de considerar al Derecho y la moral, y eventualmente a otros órdenes normativos, como, por ejemplo, a uno religioso, como órdenes normativos situados en el mismo plano. Cada uno de ellos genera deberes genuinos, aunque se trate de deberes desde un cierto punto de vista (moral, jurídico, religioso, etc.). Esta relativización de los deberes «no comporta –enfatisa Redondo– la negación de la unidad del razonamiento práctico» (*Id.*, p. 213). Y ello porque «todo individuo puede, y si es racional debe, realizar una comparación entre *todas* las razones –de todos los tipos– aplicables a un caso individual, y a partir de tal valoración, derivar un deber concluyente de actuar. Y esto es lo que significa actuar racionalmente» (*Id.*).

Esta comparación que desemboca en la determinación del curso racional de acción, de aquello que se debe hacer después de haber tomado en consideración todas las alternativas y todos los puntos de vista, «exige criterios últimos de resolución de posibles conflictos entre deberes que pertenezcan a diferentes ámbitos» (*Id.*, p. 215). Y, puesto que se parte de «reconocer un auténtico carácter práctico» a esos diferentes ámbitos, «estos criterios últimos deben satisfacer necesariamente la condición de ser neutrales respecto de todos los ámbitos» (*Id.*). Y esto en un doble sentido: por una parte, «no debería postularse que ellos mismos son, siempre y necesariamente, criterios de un determinado tipo» (por ejemplo, criterios morales); por otra parte, tales criterios últimos «deben jerarquizar razones o deberes, y no sistemas normativos (por ejemplo la moral por encima del Derecho o el Derecho por encima de la moral). Esto es, no deben dar prioridad necesaria a ninguno de los ámbitos prácticos» (*Id.*).

Naturalmente, este planteamiento de Redondo suscita dos órdenes de problemas: el primero es el relativo a la justificación de reconocer como fundadas las pretensiones del Derecho de proveer de razones para actuar, de generar deberes genuinos. Aunque el problema podría plantearse asimismo respecto de cualquier otro sistema normativo a los que Redondo reconoce «auténtico carácter práctico» –como, por ejemplo, el sistema religioso al que alude–, aquí nos limitaremos al Derecho. El segundo orden de problemas se refiere a los –un tanto misteriosos– criterios últimos de resolución de conflictos prácticos a los que alude Redondo. A esos criterios neutrales respecto a los cuales principios morales y normas jurídicas se situarían en el mismo plano.

Respecto del primer problema, el del porqué hemos de considerar como fundadas las pretensiones normativas del Derecho, Redondo no es demasiado explícita en *Sulla rilevanza pratica del diritto*. Advierte que su posición no pone en cuestión la llamada ley de Hume ni incurre en ningún tipo de falacia, pues «no sostiene que de ciertos hechos sociales se siga lógicamente un deber jurídico» (*Id.*, p. 213). Lo que sostiene, por el contrario, es,

en sus propias palabras, «una tesis conceptual y ontológica según la cual existe un deber jurídico de actuar en un caso individual cuando a tal caso le es aplicable una norma jurídica que así lo prescribe» y que «una norma jurídica debe ser aplicada –es aplicable– cuando otra norma así lo establece o cuando se trata de una norma sostenida por una práctica social» (*Id.*). Pues bien: lo que precisamente está en cuestión es lo que Redondo denomina su «tesis conceptual y ontológica», según la cual hay un deber genuino, si bien no concluyente, de actuar, siempre que una prescripción jurídica o una práctica social así lo establecen. Pues si no se aducen en favor de la tesis razones independientes de la prescripción o de la práctica, dicha tesis no puede evitar cierto aroma de falacia naturalista: no se ve cómo del hecho de que alguien prescriba que, en las circunstancias C, se haga X o del hecho de que en cierto grupo haya, en las circunstancias C, una convergencia de conductas en torno a X acompañada de reacciones críticas frente a quienes se desvían de ello, puede pasarse a la afirmación de que hay un deber genuino de hacer X en C. Pero todo lo que añade Redondo en dicho artículo es que «la justificación del carácter práctico del Derecho presupone la justificación de la aceptación de una autoridad» (*Id.*, pp. 217-218). Y aunque Redondo no desarrolla este tema, sino que se limita a señalar que «merecería un trabajo independiente», parece claro que los problemas se plantean, en relación con la justificación de la aceptación de una autoridad, de manera similar a la que acabamos de ver: también aquí necesitamos razones independientes del hecho de que otra (pretendida) autoridad así lo haya prescrito o del hecho de que exista una práctica social de aceptación de las pretensiones de la primera.

Redondo es más explícita en cuanto a la justificación del reconocimiento de las pretensiones normativas del Derecho en el artículo *Normativity in Legal Contexts*. En este trabajo, toma como punto de partida la obra de John Searle *The Construction of Social Reality* (Searle, 1995) y escribe que, desde el punto de vista de la teoría de la realidad social de Searle «podemos explicar la genuina normatividad jurídica como un fenómeno social irreductible que no depende necesariamente de la moralidad crítica» y añade que «al explicar el carácter práctico de las instituciones en general, la teoría de la realidad social proporciona también una explicación del carácter práctico del Derecho desde una perspectiva positivista» (Redondo, 2000, p. 51). Pues bien, a esto cabe hacer dos objeciones: la primera, de carácter general, es que no se sabe cómo se puede pasar de explicar un fenómeno social a justificar juicios prácticos genuinos; se diría que, si el plano en el que nos movemos es el de la explicación de la realidad social, los únicos juicios prácticos que en tal plano caben son juicios prácticos entrecomillados, esto es, descripciones, o, si se quiere, explicaciones, de las creencias y actitudes

normativas de cierta gente, pero no juicios prácticos genuinos, en primera persona. Parece que el paso de un nivel a otro involucra necesariamente una violación de la ley de Hume. La segunda objeción es que aquello que Redondo parece dar por supuesto –esto es, que la teoría de la realidad social de Searle pretende explicar «el carácter práctico de las instituciones en general»– ha sido explícitamente negado por Searle. En efecto, Searle, en su obra *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío* (Searle, 2000), trata de responder a diversas objeciones a su tesis según la cual del hecho de que alguien haya hecho una promesa se deriva, sin más, la obligación de cumplirla. Una posible objeción vendría a decir que «si las obligaciones fuesen realmente internas al prometer entonces la obligación de mantener una promesa tendría que derivarse de la institución de prometer». Pero, si tal fuera el caso –continuaría el hipotético crítico– tal cosa tendría consecuencias inaceptables, pues implicaría que cualquier institución, por ejemplo la esclavitud, generaría razones para actuar independientes del deseo, esto es, deberes genuinos. «Si fuese correcto –proseguiría el crítico imaginario– el punto de vista de que las promesas crean razones independientes del deseo, entonces el esclavo tendría una obligación de la misma manera que el que hace una promesa, lo cual es absurdo» (Searle, 2000, p. 225). La respuesta de Searle a esta hipotética objeción es que «la obligación de mantener las promesas no deriva de la institución de prometer. Cuando hago una promesa, la institución de prometer es sólo el *vehículo*, el instrumento que uso para crear una razón. La obligación de mantener una promesa deriva del hecho de que al prometer creo, de manera libre y voluntaria, una razón para mí mismo [...] Esta es la razón por la que el esclavo no tiene razón alguna para obedecer a su propietario, excepto razones de prudencia. No ha vinculado su voluntad por medio de un ejercicio de su libertad» (Searle, 2000, p. 226).

No deseamos comprometernos en absoluto con la tesis de Searle según la cual del mero hecho de formular una promesa se deriva, sin más, esto es, sin necesidad de ulteriores premisas normativas, el deber de cumplirla. Lo único que aquí se pretende es poner de relieve dos cosas. La primera es que, aun si la tesis de Searle respecto de las promesas fuera correcta, de ello se derivaría únicamente el carácter de deberes genuinos de aquellos deberes creados voluntariamente por un cierto sujeto, lo que reduce su aplicabilidad al campo del Derecho a los negocios jurídicos privados en los que un individuo decide, autónomamente, cambiar, en algún aspecto, su propio status normativo. Pero la pretensión normativa del Derecho es la pretensión de que sus prescripciones generen, heterónomamente, deberes genuinos para sus destinatarios. La segunda es que el propio Searle niega todo alcance justificativo a su teoría de las instituciones sociales. La pretensión de Redondo de

apoyar en la teoría de las instituciones de Searle la explicación del carácter genuinamente normativo del Derecho se revela, pues, como infundada.

Para finalizar con la propuesta de Redondo, tan sólo dos palabras sobre la cuestión de los criterios últimos de resolución de conflictos prácticos a los que alude. Recordemos que, en su planteamiento, tales criterios últimos deben ser neutrales respecto de lo que ella denomina «los diversos ámbitos prácticos», esto es, por lo que nos interesa, deben ser neutrales respecto al Derecho y respecto a la moral. A nuestro juicio, no deja de ser significativo que Redondo no nos de un solo ejemplo de tales criterios y ni siquiera nos proporcione una pista sobre cuál pudiera ser el contenido material de alguno de ellos. La razón, nos parece, es que el propio intento de descubrir, o de construir, tales criterios últimos, neutrales respecto al Derecho y la moral, es un intento vano. Y ello porque un criterio último es un criterio que se acepta como tal no porque haya sido prescrito por alguien, o porque constituya una práctica social, sino exclusivamente por sus propios méritos. Y ello es precisamente lo característico de los criterios, o principios, morales.

2

Todo lo anterior implica que la tesis según la cual el carácter institucional del Derecho le confiere, sin más, relevancia práctica, es una tesis infundada. Pero ello no quiere decir, sin embargo, que, una vez que consideramos que un cierto sistema jurídico sí tiene, por razones morales, relevancia práctica, la dimensión institucional del mismo carezca de implicaciones justificativas. Bien al contrario, lo que vamos a sostener aquí es que tal dimensión institucional del Derecho es un ingrediente fundamental del razonamiento jurídico justificativo que, sin embargo, no tomamos suficientemente en cuenta en una obra anterior, *Las piezas del Derecho*, en la que nos ocupamos (en parte) de ese problema. El presente texto es un primer intento de colmar esto que consideramos ahora como una laguna. Pero, para ello, es preciso, primero, recordar muy brevemente algunas tesis defendidas en el libro que se acaba de mencionar y mostrar, después, cómo estas tesis aparecen como insuficientes para enfrentar adecuadamente algunos problemas que surgen en relación con ciertas instituciones y casos.

2.1. En *Las piezas del Derecho* presentábamos la dimensión regulativa del Derecho como compuesta de dos tipos de normas: las reglas, de un lado, y los principios que las justifican, de otro. Las reglas, decíamos, operan en el razonamiento jurídico justificativo como razones operativas de carácter perentorio o protegido. Los principios, por el contrario, operan en ese mismo razonamiento como razones asimismo operativas, pero no perentorias: tienen que ser balanceados con otras razones en un ejercicio de ponderación que concluye con la elaboración de una regla. Por otro lado, decíamos

también, los principios pueden ser directrices (pautas que incorporan razones finalistas) y principios en sentido estricto (que incorporan razones de corrección). Los principios en sentido estricto ordenan la realización de ciertas acciones que guardan una relación analítica o conceptual con ciertos estados de cosas a los que se atribuye un valor último, como, por ejemplo, el respeto a la libertad de expresión o la no-discriminación. Las directrices, por el contrario, ordenan directamente la consecución en el mayor grado posible de ciertos estados de cosas que constituyen objetivos colectivos que se consideran valiosos aunque no con carácter último, como es el caso, por ejemplo, del pleno empleo. Indirectamente, las directrices vienen a ordenar la realización de aquellas acciones que sean idóneas para producir causalmente dichos estados de cosas. Por ello, sosteníamos igualmente, los principios en sentido estricto tienen prioridad frente a las directrices y no admiten (a diferencia de estas últimas) ser maximizados. Por decirlo de otra forma, utilizando la conocida expresión de Alexy (que él aplica indiscriminadamente a todos los principios), los principios en sentido estricto no son mandatos de optimización, sino que exigen cumplimiento pleno; su uso argumentativo supone ponderación, pero no discrecionalidad; no ordenan obtener un fin, un estado de cosas, en la mayor medida posible, sino realizar una cierta conducta, *prima facie* siempre que se de una oportunidad para ello y, consideradas todas las cosas, si se dan ciertas circunstancias que no pueden determinarse de antemano.

Todo ello nos permitía hablar del Derecho como de un sistema justificativo estructurado en dos niveles. El primer nivel está integrado por las reglas del sistema y opera de tal manera que, en muchos casos (en la gran mayoría de los casos) las decisiones se justifican sin necesidad de entrar en un proceso deliberativo en el que se sopesen las razones, los principios, que pueda haber en favor y en contra de una determinada decisión. Esto, sin embargo, no es siempre suficiente. Las reglas operan como razones perentorias (o protegidas, o autoritativas), pero dentro de ciertos límites, puesto que es posible que las reglas padezcan de problemas de indeterminación en su formulación o que aparezca un caso no previsto (no regulado por las reglas) o un caso previsto, pero resuelto por las reglas en una forma que resulte inaceptable a la luz de los principios del sistema. En estos últimos supuestos, la tarea de justificación es mucho más compleja y se desarrolla en dos fases (las fases no se refieren a pasos de un proceso psicológico, sino de una reconstrucción racional): la primera consiste en elaborar, mediante la ponderación de los principios relevantes del sistema, una regla, esto es, en pasar del nivel de los principios al de las reglas; luego viene la operación (mas o menos mecánica) de aplicar la nueva regla a los hechos del caso.

2.2. Pues bien: este esquema, que encaja satisfactoriamente, a nuestro juicio, con la inmensa mayoría de los casos genéricos o individuales abordados por los juristas o a los que los tribunales han de hacer frente, se muestra impotente cuando se le confronta con instituciones jurídicas como, por ejemplo, los estados de excepción o de sitio o, en un nivel mucho más cotidiano, la prisión provisional. Veámoslo. En España, por ejemplo –pero disposiciones semejantes se encuentran en cualquier ordenamiento jurídico de los que responden al «paradigma constitucional–, de acuerdo con la Ley Orgánica 4/1981, de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio, el Gobierno puede solicitar del Congreso de los Diputados la declaración de los estados de excepción o de sitio, que determinan la suspensión de diversos derechos y libertades de los ciudadanos, constitucionalmente garantizados en tiempos normales. Pues bien: de acuerdo con nuestra reconstrucción, tales derechos y libertades constituyen principios a los que se atribuye un valor último –esto es, principios en sentido estricto– y tales principios en sentido estricto sólo ceden, a nuestro juicio, frente a otros principios en sentido estricto que tengan, en relación con el caso, un mayor peso. Siendo así las cosas, resulta claro que nuestra reconstrucción es inadecuada para dar cuenta de instituciones como los estados de excepción y de sitio. Recordemos que, en nuestra reconstrucción, los principios en sentido estricto ordenan acciones que guardan una relación analítica o conceptual con los estados de cosas ordenados. Y si se ven las cosas de este modo, entonces no puede presentarse la justificación de los estados de excepción y de sitio como un conflicto entre principios en sentido estricto, pues, evidentemente, la suspensión, hoy, de ciertos derechos y libertades no guarda una relación analítica o conceptual con la vigencia de estos mismos derechos y libertades en el futuro, sino, en todo caso, una relación causal: la suspensión, hoy, no es una *forma* de realización futura, sino un *medio*, necesario si se quiere en ciertas circunstancias, para asegurar la vigencia futura de esos derechos y libertades. Pero nuestra reconstrucción había afirmado que la relación causal entre ciertos estados de cosas ordenados y los cursos de acción dirigidos hacia ellos era precisamente lo propio de las directrices. ¿Será entonces que la justificación de los estados de excepción y de sitio implica que en algunos casos una directriz –tal como asegurar la efectividad del orden jurídico en su conjunto en el futuro– prevalece frente a los principios en sentido estricto que ordenan respetar ciertos derechos y libertades? Si esta fuera la única respuesta posible, es claro el fracaso de nuestra reconstrucción: pues uno de los puntos fuertes de la misma es que los principios en sentido estricto prevalecen siempre frente a las directrices, que los principios en sentido estricto constituyen límites en la selección de los medios idóneos admisibles para dar cumplimiento a las diversas directrices.

Otro tanto ocurre con la institución de la prisión provisional. Aquí, de acuerdo con nuestras categorías, todo parecería indicar que se sacrifica hoy la libertad personal de alguien (que consideramos que tiene un valor último) porque ello nos parece causalmente idóneo para conseguir el fin de que un cierto proceso penal no se frustre. Esto es, de nuevo en el caso de esta institución, un principio en sentido estricto estaría cediendo frente a una directriz, lo que mostraría, de nuevo, la inadecuación de nuestra teoría.

Pues bien, lo que vamos a sostener aquí es que puede darse cuenta satisfactoriamente de la justificación de estas instituciones (y de otras muchas) así como de numerosas decisiones de casos concretos, si a nuestro esquema inicial se le añade una nueva categoría: la de las normas (y, en especial, los principios) institucionales. Y que ello no supone una rectificación de nuestra tesis sobre la prevalencia, en todo caso, de los principios en sentido estricto sobre las directrices, sino el integrar en nuestro esquema una dimensión que habíamos ignorado indebidamente en nuestros trabajos anteriores: la de las exigencias que se derivan del carácter institucional del Derecho.

2.3. La expresión «carácter institucional del Derecho» alude, de ordinario algo confusamente, a una serie de rasgos del sistema jurídico que, si bien no son enteramente independientes entre sí, conviene, en aras de la claridad, explicitar por separado.

- a) Cuando hablamos del Derecho como una «realidad institucional» podemos hacer referencia centralmente, en primer lugar, a algo así como la región ontológica a la que pertenece el Derecho. Al calificar la realidad jurídica como una realidad «institucional», aludimos a que el Derecho no pertenece a la esfera de los hechos brutos, ni tampoco a la de los estados mentales, sino a la de aquellos hechos sociales cuya existencia y persistencia depende de la aceptación colectiva de ciertas reglas constitutivas. Éste sería el sentido más básico de «institucional», el propio, por ejemplo, de la teoría de Searle y el que está en el trasfondo de la propuesta de Cristina Redondo que acabamos de examinar.
- b) Un segundo sentido alude a que el Derecho es un conjunto de normas socialmente existentes, esto es, practicadas en una cierta sociedad. Esta práctica tiene, en el caso del Derecho, dos aspectos: por un lado, ciertos órganos que disponen del monopolio de la resolución autoritativa de las disputas usan esas normas para sus resoluciones y las aceptan como estándar público de la corrección de las mismas y, por otro lado, la población en general actúa en correspondencia con esas normas.

- c) Otro de los sentidos que tiene la expresión «institucional», aplicada al Derecho, alude al carácter regimentado de los procedimientos jurídicos de resolución de disputas. Esto es, al hecho de que, a diferencia de lo que ocurre en el discurso moral, en el Derecho la posibilidad de planteamiento de una disputa está sujeta a límites temporales, la disputa termina mediante la adopción de una decisión obligatoria y no abierta a ulterior revisión dentro, asimismo, de ciertos márgenes temporales, y dicha decisión obligatoria no se fundamenta en el consenso unánime de todos los afectados, sino en la autoridad de ciertos órganos.
- d) Un cuarto sentido de «institucional» alude a que el sistema jurídico regula su propia creación y aplicación, esto es, contiene normas que confieren poderes de cambio y de adjudicación, así como normas regulativas referidas al ejercicio de estos poderes.
- e) Un quinto sentido de «institucional» alude al hecho de que el reconocimiento de las normas jurídicas como tales y su aceptación como estándares públicos de corrección de las resoluciones no se realiza, por así decirlo, «norma por norma», sino por medio de la aceptación de un sistema de fuentes que consiste centralmente en un sistema de autoridades. Las normas que provienen de una fuente se reconocen y aceptan como tales en virtud del reconocimiento de la autoridad de su fuente.
- f) Un sexto sentido de «institucional», referido al Derecho, alude a que el sistema jurídico es un subsistema dentro del sistema social global, esto es, es una «institución» en sentido sociológico. Una institución de la que deben destacarse al menos estos dos rasgos: el primero de ellos es el enorme aparato de medios humanos, materiales, organizativos, etc. requerido para que en nuestras sociedades pueda funcionar la «maquinaria del Derecho»; el segundo es que la «maquinaria del Derecho» proporciona el marco en el que operan las demás instituciones sociales, esto es, que la «maquinaria del Derecho» permea todo el organismo social.

Conviene señalar que un elemento común a estos diversos sentidos de «institucional» es que, en todos ellos, «institucional» es un concepto funcionalmente orientado. En cualquiera de los sentidos en que hablamos de «institución», queda siempre implícito que entendemos una institución como un conjunto de medios orientados a la persecución de fines, o, si se prefiere decirlo así, a la realización de funciones. Nos referiremos aquí sólo a lo que hemos llamado el «sentido más básico» de «institucional» —aquél según el cual las instituciones pertenecen a la esfera de aquellos hechos sociales cuya existencia y persistencia dependen de la aceptación colectiva de

ciertas reglas constitutivas— pero un discurso semejante podría articularse respecto de los otros sentidos. Por lo que hace a este sentido más básico, tal aceptación colectiva de reglas constitutivas hace posible que a ciertos objetos se les pueda imponer funciones —o puedan realizar finalidades— que de otra forma no podrían cumplir. Así, por utilizar un ejemplo favorito de Searle, la regla constitutiva de que determinados trozos de metal, o de papel, cuentan como dinero, posibilita que aquellos puedan ser usados para realizar operaciones (como transacciones económicas) que en cuanto meros objetos físicos no podrían realizar. Otro tanto ocurre con la regla en virtud de la cual ciertos individuos cuentan como legisladores o como jueces: de este modo sus preferencias pueden contar como normas generalmente obligatorias o como resoluciones autoritativas de las disputas, lo que no ocurriría si se les viera como meros individuos, y, de este modo, pueden cumplir funciones sociales que de otro modo sería imposible que cumplieran.

2.3.1. Pues bien: en *Las Piezas del Derecho* limitamos el tratamiento expreso de lo que podríamos llamar la vertiente institucional del Derecho a la presencia en su seno de normas constitutivas —de normas que confieren poderes y de lo que llamamos normas puramente constitutivas— y no tuvimos presentes las muy diversas exigencias regulativas que surgen de la dimensión institucional del Derecho, entendida como la suma de los rasgos —todos ellos funcionalmente orientados— que se acaban de mencionar. Como esta expresión —«exigencias regulativas que surgen de la dimensión institucional del Derecho»— puede parecer, de entrada, poco clara, quizás convendría empezar por algunos ejemplos. El primero y muy obvio es la existencia de reglas sobre los plazos o sobre la distribución de competencias. De reglas que establecen cosas tales como que una cierta demanda debe presentarse dentro de cierto plazo (pongamos, de quince días) de forma que el juez competente tendría el deber de rechazarla si se presenta fuera de él o que el juez de familia del domicilio de los esposos tiene el deber de conocer de una eventual solicitud de divorcio que le sea presentada por alguno de ellos. Lo peculiar de estas reglas no se halla, obviamente, en su estructura ni en la índole de las razones para la acción que proporcionan. Su estructura es claramente reconducible al esquema de un antecedente formado por unas condiciones cerradas de aplicación y un consecuente o solución normativa. En cuanto a su carácter de razones para la acción, es también obvio que operan en el razonamiento del juez como razones perentorias: si una demanda se presenta fuera de plazo, el juez (salvo casos muy excepcionales que podemos dejar ahora de lado) la rechazará sin más, sin necesidad de entrar a ponderar otros factores, distintos de los contenidos en la regla en cuestión. La especificidad de este tipo de reglas se halla, por un lado, en la clase de sus destinatarios —se trata de pautas dirigidas centralmen-

te a los órganos y sólo de manera muy derivada a los ciudadanos— y, en segundo lugar, y sobre todo, en la clase de razones que constituyen su justificación subyacente: pues se trata de razones que aparecen centralmente como derivadas de exigencias del propio Derecho como aparato institucional y no de razones sustantivas, bien de corrección (se debe hacer, o no hacer, tal cosa porque eso es lo correcto), bien finalistas (se debe hacer tal cosa porque es un medio idóneo para lograr un cierto objetivo social). Las reglas sobre plazos, por ejemplo, responden centralmente a la exigencia de que debe haber algún plazo (aunque no, necesariamente, de quince días) para que el sistema procesal pueda funcionar adecuadamente, y lo mismo ocurre con las reglas que estipulan qué órganos judiciales deben entender de qué clase de asuntos. Naturalmente, que el sistema procesal funcione adecuadamente es, a su vez, condición necesaria para que el Derecho pueda realizar satisfactoriamente sus funciones sustantivas, esto es, externas.

2.3.2. Pero lo que importa subrayar ahora no es tanto que las exigencias derivadas de la dimensión institucional del Derecho están, globalmente consideradas, orientadas a satisfacer sus exigencias sustantivas como que, en determinados supuestos, estas mismas exigencias institucionales pueden hallarse en tensión, en conflicto, con exigencias sustantivas. Esta tensión, que en el caso de aquellas exigencias institucionales que adoptan la forma de reglas no se manifiesta sino de forma más bien excepcional, resulta ser, sin embargo, manifiestamente central en el caso de aquellas exigencias institucionales que adoptan la forma de principios. Y aquí, en el terreno de las exigencias institucionales, podemos ver reflejada asimismo la dicotomía estructural entre principios en sentido estricto y directrices: hay pautas institucionales, como por ejemplo la jerarquía normativa o la deferencia al legislador, que se asemejan estructuralmente a los principios en sentido estricto pues, no determinando las condiciones en las que prevalecen frente a otras pautas que orienten la decisión en otro sentido, exigen, en caso de prevalencia, un cumplimiento pleno; otras pautas institucionales, en cambio, como, en general, las vinculadas con la idea de eficacia del Derecho y el funcionamiento eficiente de su «maquinaria», constituyen más bien, al modo de las directrices, mandatos de optimización. Podemos convenir en llamar a las pautas institucionales del primer tipo «principios institucionales en sentido estricto», a las del segundo tipo «directrices institucionales» y «principios institucionales», en general, a unas y otras; «principios institucionales» que se contrapondrían a los «principios sustantivos», esto es, a aquellos principios en sentido estricto y directrices que se dirigen centralmente, no, como los anteriores (los institucionales), al interior del Derecho, sino al exterior del mismo, los que apuntan no al modelo de sistema jurídico, sino al modelo de convivencia entre los seres humanos que el Derecho

pretende moldear. Pues bien: resulta claro que los principios institucionales pueden, en ciertos contextos, estar en tensión o conflicto con los principios sustantivos e incluso prevalecer sobre ellos. Algunos supuestos característicos de esta tensión o conflicto y de eventual «triunfo» de los principios institucionales serían los siguientes (la lista tiene pretensión de mera enumeración y no de clasificación):

- a) un primer supuesto es el de aquellas instituciones cuya justificación implica la justificación del sacrificio de principios sustantivos en aras de la preservación de la estabilidad del sistema jurídico como un todo. Los estados de excepción y de sitio proporcionan el mejor ejemplo.
- b) un segundo supuesto es el de aquellas instituciones cuya justificación implica el sacrificio de principios sustantivos en aras de la efectividad de otra institución: la institución de la prisión provisional en relación con la efectividad del proceso penal es un buen ejemplo.
- c) un tercer supuesto estaría integrado por aquellos casos individuales en los que se considera justificado el sacrificio de principios sustantivos porque su cumplimiento sólo sería posible invadiendo las competencias de otro órgano. Tal es el caso, nos parece, de la STC 45/1989, que declaró la inconstitucionalidad de la acumulación de rentas de los integrantes de una unidad familiar, a efectos de la determinación de la base imponible del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En dicha sentencia, en efecto, el Tribunal Constitucional español anuló, por incompatible con el principio de igualdad (art. 14 CE) y con la directriz de protección de la familia (art 39.1), el sistema de acumulación de rentas entre los integrantes de la unidad familiar, pero negó que las liquidaciones efectuadas anteriormente con arreglo a ese sistema declarado inconstitucional pudieran ser revisadas. La principal razón que adujo para esto último es que «la infracción del principio constitucional de igualdad no podría ser reparada, en este caso, mediante la pura y simple extensión a los contribuyentes integrados en unidades familiares del régimen legal establecido para la tributación de quienes no lo están, pues [...] tal hipotética equiparación habría de provocar, en el actual marco normativo, resultados irracionales e incompatibles, a su vez, con la igualdad, en la medida en que otras piezas del sistema legal (destacadamente, el sistema de deducciones) no han sido afectadas por el fallo de inconstitucionalidad» (FJ 11). A este supuesto de admisión del sacrificio de principios sustantivos porque su cumplimiento sólo sería posible al precio de la invasión del ámbito de permisiones de que goza el ejercicio de la competencia legislativa también pertenecen, creemos, todos aquellos ca-

sos en los que, como es práctica relativamente frecuente en Alemania, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de preceptos legales sin anularlos sino encomendando al legislador su sustitución¹.

- d) un cuarto supuesto estaría integrado por aquellos casos individuales en los que se considera justificado el sacrificio de principios sustantivos cuya vulneración se sospecha, pero no con el grado de certidumbre suficiente como para considerar destruida la presunción de regularidad de los actos de otro órgano, como es el caso, muy señaladamente, de la presunción de constitucionalidad de la ley².

2.4. Lo anterior no significa, naturalmente, que los principios institucionales derroten siempre a los principios sustantivos. Esta tesis vendría a ser característica de lo que podría llamarse una concepción formalista del Derecho (en uno de los sentidos de esta multívoca expresión), para la cual el elemento autoritativo del Derecho (presente sobre todo en las reglas y principios institucionales: estos últimos reflejarían algo así como la autoridad del Derecho tomado en su conjunto) debería prevalecer siempre (o en la mayor parte de las ocasiones) sobre el elemento sustantivo, sobre los valores a realizar y los objetivos a lograr en el mundo no jurídico. Lo que aquí se sostiene es más débil, esto es, que el elemento autoritativo es esencial al Derecho, que, en ocasiones, los principios institucionales tienen fuerza suficiente para derrotar a los de carácter sustantivo y que, por ello, la vertiente institucional del Derecho es un ingrediente necesario para poder dar cuenta cabal del razonamiento jurídico.

2.4.1. Esto, naturalmente, implica una rectificación o (si se quiere decirlo en términos más benévolos) un desarrollo de lo que sostuvimos en *Las piezas del Derecho*. Presentábamos en aquel texto el razonamiento jurídico como articulado en dos niveles, el de las reglas y el de los principios y distinguíamos, dentro de estos últimos, entre principios en sentido estricto y directrices. Pero nuestra consideración quedaba limitada a lo que aquí hemos llamado principios sustantivos en sentido amplio y no integraba las exigencias, los principios, derivados de la dimensión institucional del Derecho. Esta manera de presentar las cosas reflejaba, a nuestro juicio presente, solamente una parte del juego del Derecho, la que tiene que ver con el Derecho como una institución que trata de ordenar el mundo exterior a ella misma de una cierta manera, pero dejaba fuera otra parte del mismo juego, la que se refiere al Derecho en cuanto institución que mira hacia sí misma. Para integrar esta parte hay que empezar por admitir que, en el nivel de los

¹ Cfr. sobre ello Aja –ed.– (1998).

² Cfr. sobre ello, con un análisis muy detallado, Ferreres Comella (1997).

principios, no existe sólo un razonamiento en términos sustantivos. Después de llevada a cabo esa fase (hablamos siempre en términos de reconstrucción racional, no en términos de un proceso psicológico), el resultado a que se llegue debe ser sometido a un nuevo test: el de los principios, o las razones, institucionales. Muchas veces (digamos en la mayoría de las ocasiones) ellos no suministran razones para otra decisión, o bien las razones que ofrecen no tienen suficiente peso como para desplazar la solución a la que se ha llegado desde los principios sustantivos. Otras veces, los principios institucionales suministran argumentos que refuerzan la decisión tomada de acuerdo con los principios sustantivos. Y en algunos casos los principios institucionales pueden tener peso suficiente como para (justificadamente) modificarla.

2.4.2. La dimensión institucional del Derecho es un factor muy importante para dar cuenta de la especificidad del razonamiento jurídico frente al razonamiento moral ordinario.

De entrada, el discurso moral ordinario está abierto a todas las razones relevantes, no está sujeto a plazos y la solución de las controversias no depende en él de órgano autoritativo alguno, sino del consenso unánime, por lo demás siempre revisable, de los afectados. Pero es precisamente por estas características por lo que el discurso moral es necesariamente deficitario o insuficiente como método de resolución de los conflictos. Podríamos decir que el carácter institucional del discurso jurídico –entendiendo ahora institucional en el sentido de «regimentado»– es condición necesaria de la superación de los déficits operativos del discurso moral. Y estos déficits operativos del discurso moral –y la consiguiente necesidad de un esquema regimentado de solución de las controversias– seguirían siendo tales incluso en la sociedad de ángeles de la que habla Raz³, pues también en ella el discurso moral, dejado a sí mismo, frustraría –aunque sólo fuera por la ausencia de límites temporales, por la revisabilidad incesante de sus resultados y por el poder de veto que la exigencia de unanimidad implica– sus propias finalidades.

Pero, con independencia de lo anterior, es innegable que el carácter institucional del Derecho implica exigencias que limitan, como hemos visto, el logro de los valores y fines sustantivos que el propio Derecho trata de realizar. Resulta claro que tal cosa no ocurre en el discurso moral ordinario, en el que no parece haber lugar para razones distintas de las sustantivas. Pero, si consideramos que la preservación de la vigencia del sistema jurídico y de cierta eficiencia de su «maquinaria» es condición de posibilidad de la implementación de tales valores y fines sustantivos, parece razonable el cuidado de la preservación del mismo como sistema normativo eficaz y el cui-

³ Cfr., en este sentido, Raz (1991), pp. 185-7.

dado de la eficiencia de su «maquinaria». Y esto vale aun si tales cuidados implican exigencias que traen consigo una tensión con las exigencias sustantivas que el propio Derecho contiene, y esta tensión exige formas no siempre enteramente anticipables de ajuste y acomodamiento.

Por lo demás, cabría decir –y concluir con ello– que si las exigencias derivadas del carácter institucional del Derecho suponen en ocasiones un obstáculo para alcanzar soluciones sustantivamente correctas, tales exigencias también maximizan la probabilidad de alcanzar tales soluciones. Por poner un par de ejemplos: la autorrestricción judicial en favor del legislativo, por mucho que pueda implicar la renuncia a una decisión correcta en un determinado caso, supone también –si nos tomamos en serio el principio democrático– ampliar las posibilidades de que en otros muchos casos se tomen decisiones correctas. Y, en general, la renuncia a imponer la que se considera solución correcta, en aras del respeto al sistema de fuentes, implica no deteriorar la efectividad de tal sistema, efectividad que parece, al menos hasta cierto grado, condición necesaria para la efectiva protección de los derechos y para la efectiva persecución de objetivos sociales.

Referencias

- AJA –ed.– (1998): Eliseo Aja (editor): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona.
- ATIENZA y RUIZ MANERO (1996): Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona.
- ATIENZA y RUIZ MANERO (2000): Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero: *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid.
- FERRERES COMELLA (1997): Víctor Ferreres Comella: *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- LAPORTA (1993): Francisco Laporta: *Entre el Derecho y la moral*, Fontamara, México.
- RAZ (1991): Joseph Raz: *Razón práctica y normas*, trad. cast. de Juan Ruiz Manero, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- REDONDO (1999): Cristina Redondo: «Sulla rilevanza pratica del diritto», en *Ragion Pratica*, nº 13.
- REDONDO (2000): Cristina Redondo: «Normativity in Legal Contexts. An Institutional Analysis», en *Associations*, vol. 4, nº 1 (este trabajo se publicó también en *Analisi e Diritto*, 1999).
- SEARLE (1995): John Searle: *The Construction of Social Reality*, The Free Press, New York (hay trad. cast. de A. Doménech: *La construcción de la realidad social*, Paidós, Barcelona, 1997).
- SEARLE (2000). John Searle: *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, trad. cast. de L. M. Valdés Villanueva, Nobel, Oviedo.

