

# LA DOCTRINA JULIA ROBERTS Y LOS DESACUERDOS IRRECUSABLES\*

por José Juan Moreso

At any given moment judges, even those  
of a supreme court, are parts of a system  
the rules of which are determinate enough at  
the centre to supply standards of correct  
judicial decision.

H.L.A. Hart<sup>1</sup>

## 1. Introducción

El problema que voy a presentar a continuación se produce con cualquier sistema de reglas que dispone de procedimientos y autoridades para establecer cuándo las reglas han sido vulneradas. Ocurre con las reglas de los juegos. Pensemos en el fútbol, en el mundial de 1986, en México, en uno de los encuentros de cuartos de final se enfrentaron Argentina e Inglaterra y Argentina se impuso con dos goles de Maradona. Uno fue un gol maravilloso en la ejecución del cual Maradona dejó atrás medio equipo inglés, arrancando desde el centro del campo; pero ahora nos interesa el otro: un gol que, todos pudimos verlo en las imágenes de televisión, Maradona marcó con la mano y no con la cabeza. Conforme a las reglas del fútbol, una de las condiciones de validez de la jugada de *gol* en fútbol es que no sea impulsado con la mano, como es sabido en fútbol los jugadores de campo tienen prohibido, y además está sancionado, golpear el balón (voluntariamente) con la mano. Por lo tanto, con arreglo a las reglas del fútbol la jugada de Maradona no era un gol válido. Ahora bien, el fútbol también dispone de otras reglas, de carácter procedimental, que establecen que las decisiones del árbitro sobre la validez de las jugadas es definitiva y de obligatorio cumplimiento. Dado que el árbitro del encuentro de México 1986, señaló la jugada de

---

\* Las observaciones de Riccardo Guastini y Juan Ruiz Manero sirvieron no sólo para mejorar este trabajo sino también el ánimo con el que lo escribí. Les estoy muy agradecido por ambas cosas.

<sup>1</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2 ed. P. Bulloch and J. Raz eds., (Oxford: Oxford University Press, 1994), p. 145.

Maradona como gol, entonces el tanto subió al marcador, Argentina se clasificó, llegó a la final y la ganó.

Tal vez podemos decir, con algo de pedantería, que hay dos nociones de *gol válido* en fútbol: según la primera, es un gol válido aquel conseguido sin vulnerar ninguna de las reglas del fútbol que regulan el juego; según la segunda, es un gol válido aquella jugada que señala el árbitro como tal y sube al marcador.

Como puede apreciarse, estas dos nociones están en tensión: es posible que el árbitro señalé como gol una jugada que no lo es, según las reglas del fútbol y es también posible que no señalé como gol (que anule un gol, como suele decirse en fútbol) que lo es de acuerdo con las reglas del fútbol.

Mientras esto ocurra de modo esporádico y en casos poco claros (¿qué ocurriría si un árbitro señalara como gol un disparo que sale claramente por encima del larguero?), el juego se mantiene. Pero la divergencia entre la dimensión sustantiva y la dimensión procedimental de los sistemas de reglas que disponen de procedimientos para aplicarlas merece una explicación.

Nuestros sistemas de reglas son, en la terminología de John Rawls, casos de *justicia procesal imperfecta*: es decir, supuestos para los que disponemos de un criterio sustantivo de corrección para saber si hemos seguido o no las reglas, y procedimientos falibles para dicha determinación. El mismo Rawls pone como ejemplo los procesos penales: las normas del derecho penal establecen que deben ser castigados aquellos y sólo aquellos que realizaron, de manera no justificada y culpable, los comportamientos descritos por las normas; las normas del derecho procesal penal establecen los procedimientos para determinar si han tenido lugar o no dichos comportamientos. Es obvio, sin embargo, que un juez puede sentenciar que una persona cometió determinado comportamiento, el de matar a otro con alevosía, y en cambio no haber sucedido de dicho modo.<sup>2</sup>

Los teóricos del derecho han tratado estas cuestiones habitualmente como el problema de las normas y actos jurídicos irregulares. Como es sabido, Hans Kelsen trató de dar respuesta a esta cuestión señalando que el Derecho, como el rey Midas convirtiendo en oro todo lo que tocaba, transforma en válidas todas las normas y en válidos todos los actos que, de un modo u otro, regula.<sup>3</sup> Y el debate al que ha dado lugar este enfoque ha sido extenso.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> John Rawls, *A Theory of Justice*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971), pp. 85-87 y John Rawls, *Political Liberalism*, (New York: Columbia University Press, 1993), pp. 72-73.

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, Hans Kelsen, *Teoría Pura del derecho*, 2 ed. De 1960, trad. de R. Vernengo, (México: UNAM, 1979), p. 279 en donde afirma: 'La Constitución faculta al legislador a producir normas jurídicas generales también en un procedimiento distinto del determinado directamente por las normas de la Constitución, dándoles otro contenido del que determinen directamente las normas constitucionales... Las disposiciones constitucionales que regulan la legislación tienen el carácter de disposiciones alternativas. La Constitución contiene una regulación directa y una indirecta de la legislación teniendo el órgano legislativo la elección entre ambas'. Mucho más cercana la planteamiento de este trabajo era la posición del colega de Hans Kelsen, Adolf J. Merkel, del que puede verse, por ejemplo, 'Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts', *Juristische Blätter*, 46 (1918), 425-7, 444-7, 463-5. Una comparación entre Kelsen y Merkl al respecto en José Juan Moreso, 'Sobre normas inconstitucionales' en *Revista española de Derecho Constitucional*, 38 (1993): 81-116.

<sup>4</sup> Desde el pionero trabajo de Roberto J. Vernengo, 'La función sistemática de la norma fundamental' en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, I-II (1960): 207-225. Vd. también, Carlos S. Nino, 'El concepto de validez y el

Creo ahora, como Celano mostró perspicuamente hace algunos pocos años, que dicho problema no tiene una solución *jurídica*.<sup>5</sup> El Derecho puede, por ejemplo, establecer las condiciones para que un acto sea válido o sea aunque inválido, sólo anulable, o nulo o lo que fuere. Pero dichas condiciones habrán de ser verificadas mediante algún procedimiento también falible. Y, al final, que un determinado acto se tome o no como un acto susceptible de generar consecuencias jurídicas, dependerá de determinados hechos sociales de aceptación y rechazo en un determinado grupo humano.

Por lo tanto, lo que va a ocuparme aquí no es el lugar en el Derecho de las normas (leyes inconstitucionales, reglamentos ilegales, etc.) y actos (contratos y negocios jurídicos inexistentes, nulos, anulables, etc.) irregulares; sino, si queremos decirlo así, cómo la tensión a la que me referiría al inicio afecta a nuestra concepción de la naturaleza del derecho. ¿Nuestra imagen del Derecho es más nítida y fecunda si lo contemplamos como un conjunto de reglas dispuestas a ser aplicadas o, más bien, como un conjunto de procedimientos que establecen los derechos y los deberes de las personas de modo definitivo?

Además, el modo en que capturemos en nuestra teoría dicha tensión tendrá efectos en otras cuestiones, por ejemplo, en la cuestión de cuál sea el carácter de las discrepancias jurídicas. ¿Cuándo discutimos en España acerca de si los matrimonios entre personas del mismo sexo son o no constitucionales a qué tipo de debate nos estamos refiriendo? Si es al contenido de las reglas, entonces tal vez podrá decirse que en la discrepancia una de las partes lleva la razón; ahora bien, si nos referimos únicamente a la solución que va a dar un Tribunal (en este caso, el Tribunal Constitucional) entonces tal vez se trata de lo que, en otro contexto, los filósofos han llamado, *faultless disagreements: desacuerdos irrecusables*.<sup>6</sup>

---

problema del conflicto entre normas de diferente jerarquía en la teoría pura del Derecho' en *Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, (Buenos Aires: Astrea, 1976), pp. 131-144, J.W. Harris, 'Kelsen's Concept of Authority' en *Cambridge Law Journal*, 36 (1977): 353-363, Paul Amselek, 'Réflexions critiques autour de la conception kelsenienne de l'ordre juridique' en *Revue de Droit Publique*, 94 (1978): 5-19, Albert Calsamiglia, *Kelsen y la ciencia jurídica*, (Barcelona: Ariel, 1978), Stanley L. Paulson, 'Material and Formal Authorisation in Kelsen's Pure Theory' en *Cambridge Law Journal*, 39 (1980): 172-193, G. Maher, 'Customs and Constitutions' en *Oxford Journal of Legal Studies* 1 (1981): 167-176, Ricardo A. Guibourg, *Derecho, sistema y realidad*, (Buenos Aires: Astrea, 1976), Inés Weyland, 'Idealism and Realism in Kelsen's Treatment of Norms Conflict' en Richard Tur, William Twining (eds.), *Essays on Kelsen* (Oxford: Oxford University Press, 1986), pp. 249-272, Juan Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990), José Juan Moreso, 'Sobre normas inconstitucionales' en *Revista española de Derecho Constitucional*, 38 (1993): 81-116, Eugenio Bulygin, 'Cognition and Interpretation of Law' en Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, (Torino: Giappichelli, 1995), pp. 11.38, Carlos S. Nino, 'Marshall's 'Logic' and Kelsen's 'Problem'' en Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, (Torino: Giappichelli, 1995), pp. 219-230, Sandro Nannini, 'Legal Validity and Conformity to Law' en Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, (Torino: Giappichelli, 1995), pp. 231-246, Juan Ruiz Manero 'On the Tacit Alternative Clause' en Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, (Torino: Giappichelli, 1995), pp. 247-256, Letizia Gianformaggio, 'Pure Theory of Law and Tacit Alternative Clause: A Paradox?' en Letizia Gianformaggio, Stanley L. Paulson (eds.), *Cognition and Interpretation of Law*, (Torino: Giappichelli, 1995), pp. 257-273, Paolo Comanducci, 'Kelsen e la clausola alternativa tacita' en Paolo Comanducci, *Assaggi di metaetica due* (Torino: Giappichelli, 1998), pp. 139-158.

<sup>5</sup> Bruno Celano, 'Giustizia procedurale pura e teoria del diritto', en M. Basciu (a cura di), *Giustizia e procedure. Dinamiche di legittimazione tra Stato e società internazionale, Quaderni della "Rivista internazionale di filosofia del diritto"*, n. 3, (Milano: Giuffrè, 2002), pp. 101-142. Ahora también como Bruno Celano, *Derecho, justicia, razones. Ensayos 2000-2007* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009).

<sup>6</sup> Los filósofos llaman *faultless disagreements* a aquellos desacuerdos (en cuestiones del gusto principalmente, pero también en cuestiones éticas, estéticas, epistémicas, etc.) en donde no es claro cómo ha

## 2. La doctrina Julia Roberts

Sea lo que fuere de nuestras polémicas acerca de la naturaleza del derecho, parece que podemos aceptar que el derecho es un objeto transparente para nosotros, apto para ser conocido y que el objetivo del conocimiento jurídico consiste en la identificación de los deberes y derechos de los ciudadanos conforme a las pautas que integran el Derecho. En este sentido, el conocimiento jurídico se obtiene de enunciados como 'Jurídicamente, todos los  $F$  tienen la obligación de pagar el impuesto  $T$ ' o 'Jurídicamente,  $x$  tiene el derecho a ser indemnizado por los daños  $D$ '. Estos enunciados expresan *proposiciones normativas*. Las proposiciones normativas son los significados de los enunciados normativos, en el sentido en que se dice que dos enunciados normativos tienen el mismo significado, expresan la misma proposición. Las proposiciones normativas tienen una naturaleza descriptiva, son expresadas por enunciados que se refieren a la existencia de normas.<sup>7</sup> En contraposición, las normas tienen una naturaleza prescriptiva, son los significados de los enunciados prescriptivos, de las formulaciones normativas. Podemos denominar a las proposiciones normativas que se refieren a la existencia de normas jurídicas 'proposiciones jurídicas'.

De hecho, hay muchos tipos de proposiciones normativas. En primer lugar, las proposiciones normativas pueden clasificarse según el tipo de normas a cuya existencia se refieren. Si, por ejemplo, una proposición normativa se refiere a la existencia de una norma moral, entonces podemos hablar de una proposición normativa moral. Con lo cual, las proposiciones normativas jurídicas constituyen sólo una clase de las proposiciones normativas. Más aún, entre las proposiciones jurídicas hay varias clases de proposiciones normativas. Me referiré a dos de ellas: proposiciones normativas puras y proposiciones normativas aplicadas. La distinción evoca la clasificación de Joseph Raz de los enunciados jurídicos en *puros* y *aplicados*.<sup>8</sup> Las proposiciones normativas puras afirman que hay una norma  $N$  que regula una situación determinada  $S$ , así, 'En la Constitución española, la pena de muerte está prohibida'. Las condiciones de verdad de las proposiciones normativas nos permiten decir que una determinada proposición normativa pura es verdadera si hay una

---

de establecerse que una de las partes está en un error (una discrepancia acerca de si los caracoles están gustosos, por ejemplo). Vd. Crispin Wright, 'On Being a Quandary: Relativism, Vagueness, Logical Revisionism'. *Mind* 110 (2001): 45-98; Max Kölbel, 'Faultless Disagreement', *Proceedings of the Aristotelian Society* 104 (2003): 53-73; John MacFarlane, 'Relativism and Disagreement', *Philosophical Studies*, 132 (2007): 17-31; Dan López de Sa, 'The Many Relativisms and the Questions of Disagreement', *International Journal of Philosophical Studies* 15 (2007): 269-279 y una aplicación a los desacuerdos en el Derecho en José Juan Moreso, 'Legal Positivism and Legal Disagreements', *Ratio Juris*, 22 (2009): 62-73. Es Manuel García-Carpintero quien ha traducido *faultless disagreements* como *desacuerdos irrecusables*. La traducción hará fortuna seguramente (aunque a mí no acaba de gustarme, porque convierte una expresión ligera en inglés en una pesada en español), vd. Manuel García-Carpintero, 'Verdad relativa' en Daniel Quesada (ed.), *Cuestiones de teoría del conocimiento*, (Madrid: Tecnos, 2009), cap. VII.

<sup>7</sup> Georg Henrik von Wright, 'The Foundations of Norms and Normative Statements', en G. H. Von Wright, *Practical Reason. Philosophical Papers. I.* (Oxford: Basil Blackwell, 1983), pp. 67-82.

<sup>8</sup> Joseph Raz, *The Concept of a Legal System*, 2 ed., (Oxford: Oxford University Press), pp. 49, 218.

norma con cierto contenido y es falsa si no existe esa norma con ese contenido preciso. Las proposiciones normativas aplicadas tienen otros hechos, aparte de la existencia de una norma, entre las condiciones suficientes para establecer su verdad, por ejemplo que la Constitución española conceda el derecho a votar a los ciudadanos mayores de dieciocho años y que yo soy un ciudadano mayor de dieciocho años es lo que permite afirmar que es verdadera la proposición normativa aplicada expresada por el enunciado 'José Juan Moreso tiene el derecho a votar en las elecciones generales'.

Pues bien, de este modo estamos en condiciones de establecer la tesis sustantiva de la aplicación del Derecho (la tesis que se halla contenida en las palabras de Hart con las que encabezó este trabajo) y que, por razones que pronto serán obvias, denominaré *la doctrina Julia Roberts*:

Al menos algunas veces hay una respuesta correcta a los casos jurídicos y, en dichos casos, los jueces deben aplicar el Derecho creado por los órganos legislativos. Por lo tanto, los jueces pueden equivocarse cuando deciden cuáles son los derechos y los deberes de los ciudadanos; o, en otras palabras, 'las proposiciones jurídicas singulares tienen un valor de verdad previo a la decisión de los tribunales en dicho caso'.<sup>9</sup>

Conforme a la tesis sustantiva de la aplicación del derecho, el derecho no está absolutamente indeterminado. Un análisis de esta tesis requeriría ocuparse de muchas cuestiones controvertidas acerca de la interpretación del derecho, pero creo que puede aceptarse que ciertas proposiciones jurídicas puras son indiscutiblemente verdaderas, como la proposición que la Constitución española prohíbe la pena de muerte y determinados enunciados jurídicos aplicados, como 'X tiene el derecho a votar en las elecciones generales' expresan también proposiciones verdaderas. Su verdad no depende de las decisiones de los tribunales. En realidad, los tribunales mismos parecen aceptar esta tesis, por ejemplo en un caso relativamente reciente, *Lawrence v. Texas*,<sup>10</sup> el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió anular *Bowers v. Hardwick*,<sup>11</sup> y revocar la sentencia de la Corte del Tribunal de Apelación del Distrito de Texas, al considerar que las imputaciones penales por relaciones sexuales entre adultos en el domicilio vulneran intereses fundamentales como la libertad y la intimidad protegidas por la cláusula del debido proceso de la enmienda catorce de la Constitución americana. El Tribunal afirma: '*Bowers* was not correct when it was decided, and it is not correct today. It ought not to remain binding precedent. *Bowers v. Hardwick* should be and now is overruled'.<sup>12</sup> Si se me permite una frivolidad, podríamos decir que *Julia Roberts tenía razón*, porque al comienzo de la película *El informe pelícano*, el personaje interpretado por la actriz Julia Roberts, una estudiante de Derecho, discute con su profesor de Derecho Constitucional acerca de *Bowers*, y arguye que la ley de Georgia que califica la sodomía como un delito penal era inconstitucional. El profesor replica: 'Well, the Supreme Court disagree with you, miss Shaw. They found that the state did not violate the right of privacy. Now, why is that? ', y la estudiante contesta: 'Because, they are wrong'.

---

<sup>9</sup> Michael Moore, 'Legal Reality: A Naturalist Approach to Legal Ontology', *Law and Philosophy*, 21 (2002): 619-705, en p. 625.

<sup>10</sup> 539 U.S. 558 (2003).

<sup>11</sup> 478 U.S. 186 (1986).

<sup>12</sup> *Supra* nota 11.

Es decir, la tesis según la cual los jueces pueden equivocarse es aceptada por el Tribunal Supremo y puede, con razón, ser denominada la *doctrina Julia Roberts*.<sup>13</sup>

Sin embargo, nuestros sistemas jurídicos no son de tal modo que las cuestiones quedan siempre abiertas y, entonces, como ocurre con las cuestiones teóricas, nunca se cierran definitivamente. Es más, como es sabido, la decisión de *Lawrence* anulando *Bowers*, no tiene consecuencias para *Bowers*. Es más, si ahora el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidiera que la pena de muerte, como castigo cruel, es una pena inconstitucional y dijera que los Tribunales que lo precedieron se habían equivocado, ello no haría dichas decisiones ilegales y a los que las ejecutaron culpables. Como Hart señala con agudeza,<sup>14</sup> hay que distinguir la definitividad de las decisiones finales de los Tribunales (la doctrina de la *res iudicata*) y su infalibilidad, es decir, las decisiones firmes de los Tribunales son definitivas pero en ningún caso son infalibles.

Hart compara, como yo he hecho al inicio, las reglas del Derecho con las reglas de los juegos y arguye que aunque la afirmación de que un juez está equivocado carece de consecuencias para los derechos y los deberes de los ciudadanos, sirve para distinguir el juego del fútbol del juego de la discreción del árbitro. Del mismo modo, el Derecho no es una práctica de acuerdo con la cual 'es Derecho aquello que los jueces dicen que es', aunque los jueces tengan, en algunos casos, la última palabra.

Hart también sostiene que es imposible disponer de reglas que remedien la vulneración de cualquier regla. Ahora bien, las imágenes del Derecho que rechazan la doctrina Julia Roberts, son imágenes distorsionadoras. Sin embargo, son imágenes atractivas para algunos teóricos del Derecho. Lo han sido históricamente para el realismo jurídico americano, para el realismo jurídico italiano y para el realismo jurídico francés.<sup>15</sup> Recientemente, como un corolario de una discusión distinta, la tesis que rechaza la doctrina Julia Roberts, la tesis según la cual los derechos y deberes de los ciudadanos los adjudican, al final, los jueces y tribunales, ha vuelto al primer plano. Me ocuparé a continuación de ella.

### 3. La doctrina del Obispo Hoagly (el alcance de las autoridades finales)

En los últimos años entre los autores iuspositivistas ha habido una discusión acerca de si las tesis definidoras del positivismo jurídico impedían o no la incorporación de pautas morales. Mientras el positivismo jurídico excluyente sostiene que la existencia y el contenido del derecho ha de identificarse a través de hechos sociales, sin recurrir a la argumentación

---

<sup>13</sup> Sigo aquí las ideas que había expuesto en José Juan Moreso, *La Constitución: modelo para armar*, (Madrid: Marcial Pons), ensayo 9.

<sup>14</sup> H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, supra nota 1, pp. 141-147.

<sup>15</sup> Vd. respectivamente, por ejemplo, Brian Leiter, 'Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered', *Ethics* 111 (2001): 278-301; Riccardo Guastini, 'Lo scetticismo interpretativo revisitato', *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 36 (2006): 227-236 y Michel Troper, 'Une théorie réaliste de l'interprétation', en Olivier JOUANJEAN (ed.), *Dossier Théories réalistes du droit*, (Strasbourg: PU de Strasbourg, 2001), 51-78.

moral; el positivismo incluyente sostiene que la existencia y el contenido del derecho puede, contingentemente, ser establecida mediante el recurso a la argumentación moral.<sup>16</sup>

Pues bien, K. E. Himma que al principio defendió el positivismo jurídico incluyente<sup>17</sup> ha cambiado su posición convencido de no haber tenido en cuenta anteriormente la importancia de las decisiones de las autoridades finales, en una serie de trabajos recientes.<sup>18</sup>

Dicho muy resumidamente el argumento de Himma es el siguiente: si el positivismo incluyente llevase la razón y dado que –esto no lo pone en duda el autor- la Constitución americana incorpora pautas morales, entonces el último criterio de validez jurídica en los Estados Unidos sería el siguiente:<sup>19</sup>

*Formulación de la mejor interpretación objetiva:* Una norma promulgada debidamente es jurídicamente válida si y sólo si se conforma con aquello que, como cuestión objetiva, es la mejor interpretación desde el punto de vista moral de las normas sustantivas de la Constitución.

Según Himma, este no puede ser el último criterio de validez jurídica en los Estados Unidos, porque las decisiones finales de la Corte Suprema, aún si no toman en cuenta la mejor interpretación desde el punto de vista moral, son las que tienen fuerza de obligar a todos los operadores jurídicos, al resto de Tribunales y a los miembros de la administración, y esta es una obviedad que conocen todos los familiarizados con el sistema jurídico de los Estados Unidos. Lo mismo sucede con los sistemas jurídicos europeos. Las decisiones finales de nuestros Tribunales Constitucionales tienen fuerza vinculante para todos los jueces y Tribunales y para todos los órganos de la Administración. Y las decisiones finales de nuestros Tribunales Supremos también, aunque de un modo diferente –como es obvio- al del sistema del *binding precedent* anglosajón.

---

<sup>16</sup> Vd. para el positivismo jurídico excluyente.: Joseph Raz, *The Authority of Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1979), cap. 3; *Ethics in the Public Domain*, (Oxford: Oxford University Press, 1994), cap. 9 y 'Incorporation by Law', *Legal Theory* 10 (2004): 1-17. Vd. también, por ejemplo, Scott J. Shapiro: 'On Hart's Way Out', *Legal Theory*, 4 (1998): 469-508. Véase para el positivismo jurídico incluyente, W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press, 1994), Jules L. Coleman, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatism Approach to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2001); mi propia defensa de este punto de vista en José Juan Moreso, (2001): 'In Defense of Inclusive Legal Positivism' en Pierluigi Chiassoni, *The Legal Ought*, (Torino: Giappichelli, 2001), pp. 37-63. También se adhirió a esta posición H.L.A. Hart en el 'Postscript' a *The Concept of Law*, supra en nota 1. Tal vez valga la pena señalar que la defensa del positivismo jurídico excluyente de Raz que dicho muy rápidamente es parasitaria de su teoría de la autoridad y se funda en sostener que si el derecho incorporara pautas morales entonces no podría pretender autoridad, que es un rasgo esencial de su naturaleza es una defensa muy distinta de la que suele acontecer entre iuspositivistas españoles (e italianos), conforme a los cuales el positivismo incluyente es rechazable porque no habiendo pautas morales objetivas, la apelación a ellas por parte del derecho no alcanza a incorporar nada. Véase por todos, Eugenio Bulygin, *El positivismo jurídico* (México: Fontamara, 2006).

<sup>17</sup> Kenneth Einar Himma, 'Incorporationism and the Objectivity of Moral Norms', *Legal Theory*, 5 (1999): 415-434, 'Waluchow's Defense of Inclusive Positivism', *Legal Theory*, 5 (1999): 101-116 y 'H.L.A. Hart and the Practical Difference Thesis', *Legal Theory*, 6 (2000): 1-43.

<sup>18</sup> Kenneth Einar Himma, 'Making Sense of Constitutional Disagreement: Legal Positivism, the Bill of Rights, and the Conventional Rule of Recognition in the United States', *Journal of Law and Society*, 42 (2003): 149-218, 'Final Authority To Bind With Moral Mistakes: On The Explanatory Potential of Inclusive Legal Positivism', *Law and Philosophy*, 24 (2005): 1-45 y 'Understanding the Relationship Between The US Constitution and the Conventional Rule of Recognition', en M.D. Adler, K. E. Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, (Oxford: Oxford University Press, 2009), 95-121.

<sup>19</sup> Kenneth Einar Himma, 'Understanding the Relationship Between The US Constitution and the Conventional Rule of Recognition', supra nota 17, p. 119.

Por esta razón, Himma sostiene que la anterior formulación (y otras muchas que ensaya en sus trabajos) deben ser abandonadas y sustituidas por la siguiente formulación del criterio último de validez:<sup>20</sup>

*Formulación de la mejor interpretación del Tribunal:* Una norma promulgada debidamente es jurídicamente válida excepto si es declarada inconstitucional con arreglo a lo que la mayoría de los magistrados deciden que es, como una materia objetiva, la interpretación mejor desde el punto de vista moral de las normas sustantivas de la Constitución.

Vale la pena detenerse un momento en la formulación del criterio de validez que Himma nos propone. Hay dos rasgos sobresalientes en este criterio: en primer lugar, una norma puede ser jurídicamente válida aunque sea contraria a lo que la Constitución establece, si el Tribunal Supremo no la declara inconstitucional; en segundo lugar, hay en los trabajos de Himma unas razonables restricciones de aceptabilidad: si la Corte Suprema de los Estados Unidos dijera que la ley de Texas que castiga penalmente el mantener relaciones sexuales entre varones es conforme a la Constitución, porque se lo jugaron a los dados y ganó esta opción, entonces esta no sería considerada una decisión dotada de autoridad. El alcance de la aceptabilidad es contingente y depende de cada cultura jurídica y política, pero sin duda hay restricciones a lo que los Tribunales pueden hacer (como las hay en relación con lo que un árbitro de fútbol puede hacer).<sup>21</sup>

Las observaciones de Himma son pertinentes y hay que tomarlas en cuenta, si bien – como trataré de mostrar- no son concluyentes. Lo primero que estas observaciones muestran es que la doctrina Julia Roberts debe ser compatible con la tesis procedimental de la aplicación del derecho, algo como:

Hay decisiones finales y últimas en el derecho que obligan a todos los operadores jurídicos, con independencia de su conformidad con las pautas previas. O sea, aún cuando se equivocan, las decisiones finales de los jueces y Tribunales son obligatorias.

Entonces parece que ‘el Derecho es lo que los jueces dicen que es’ y, por lo tanto, los jueces de hecho no pueden equivocarse. Podemos llamar a esta tesis, la doctrina obispo Hoadly por la frase que de él tomó John Chipman Gray, y que tantas veces repitieron (y discutieron) Kelsen y Hart:<sup>22</sup>

Nay whoever hath an absolute authority to interpret any wirtten or spoken laws it is he who is the lawgiver to all intents and purposes and not the person who first wrote or spake them.

Ahora bien la doctrina Julia Roberts y la doctrina obispo Hoadly son incompatibles. Si la primera es verdadera, entonces los jueces pueden equivocarse y tiene sentido disentir antes de que decidan acerca de si alguien tiene o no determinado derecho. Si, por el contrario, la razón está de la parte de la doctrina obispo Hoadly entonces los jueces no pueden equivocarse puesto que son ellos los que establecen los deberes y derechos de los ciudadanos, y los desacuerdos previos son sólo desacuerdos irrecusables.

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 120.

<sup>21</sup> Vd. sobre este punto Michael Guidice, ‘The Regular Practice of Morality in Law’, *Ratio Juris*, 21 (2008): 94-106.

<sup>22</sup> John Chipman Gray, *The Nature and Sources of Law*, (London: Macmillan), 2d ed., 1921, p. 125.

Este tipo de problemas exhiben una estructura recurrente en filosofía. Oigamos como lo plantea, en un ámbito que nada tiene que ver con nuestro asunto, R. M. Chisholm:<sup>23</sup>

Una clase de problema filosófico surge cuando tenemos un aparente conflicto de intuiciones. Si somos filósofos, intentaremos entonces mostrar que el aparente conflicto de intuiciones es únicamente un conflicto aparente, no real. Si fracasamos, puede que tengamos que decir que lo que tomamos por un conflicto aparente de intuiciones, de hecho era un conflicto de intuiciones aparentes, y entonces debemos decidir cuál de las intuiciones aparentes en conflicto es sólo una aparente intuición. Pero si triunfamos, entonces ambas intuiciones se preservarán. Puesto que era un conflicto aparente, hemos de concluir que la formulación de al menos una de las intuiciones era defectuosa.

Esto es, enfrentados ante estas dos doctrinas una tentación a la que algunos sucumben es abandonar una de ambas doctrinas. Pero yo, como Chisholm, prefiero intentar mostrar como, contra las apariencias, ambas doctrinas pueden hacerse compatibles. En mi opinión, también era esto lo que Hart pretendía con su distinción entre definitividad e infalibilidad de las decisiones. Y también esto, como voy a intentar mostrar, es lo que parecen pretender los que se han ocupado de esta cuestión.

#### 4. Diversos sentidos de validez jurídica

En la teoría del derecho positivista, se distingue algunas veces entre dos sentidos de *validez*: validez como *pertenencia* y validez como *aplicabilidad*. Una norma es válida, en el sentido de que pertenece a un sistema jurídico S, si y sólo si es identificada como miembro de S por los criterios de la regla de reconocimiento de S. Una norma es válida, en el sentido de que es aplicable a un caso, si y sólo si existe otra norma, que es un miembro de S, que autoriza u obliga a los órganos de aplicación de S a aplicarla a ese caso.<sup>24</sup> En el contexto de discusión entre positivismo incluyente y excluyente, J.L. Coleman plantea así la cuestión:<sup>25</sup>

Una estrategia importante se apoya en la distinción que Joseph Raz destaca entre validez jurídica y obligatoriedad para los encargados de aplicar el derecho. Todas las normas jurídicamente válidas son obligatorias para los aplicadores del derecho, pero no todas las pautas que son obligatorias para los jueces son jurídicamente válidas, en el sentido de ser parte del derecho de la comunidad. Las leyes extranjeras, las normas de los clubs sociales

---

<sup>23</sup> Roderick M. Chisholm, *On Metaphysics* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989), p. 65.

<sup>24</sup> Puede verse la distinción en estos términos en Eugenio Bulygin: 'Time and Validity'. In: A. A. Martino (ed.), *Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems*, (Amsterdam: North Holland, 1982), pp. 65-82, José Juan Moreso, Pablo Navarro, 'Applicabilità ed Efficacia delle norme giuridiche' en Paolo Comanducci, Riccardo Guastini (eds.), *Struttura e Dinamica dei sistemi giuridici*, Torino: Giappichelli, 1996, 15-36 y José Juan Moreso, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, trad. de Ruth Zimmerling, (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1998), pp.105-115.

<sup>25</sup> Jules L. Coleman, 'Incorporationism, Conventionalism, and the Practical Difference Thesis', *Legal Theory*, 4 (1998), 381-426, en pp. 404-405. El origen de la distinción en estos términos en Joseph Raz, *The Authority of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1979), pp. 101-102, 119-120. Vd., también W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism*, (Oxford: Oxford University Press, 1994), p. 157, Scott J. Shapiro, 'On Hart's Way Out' en *Legal Theory*, 4 (1998): 469-508, en p.506 y Matthew Kramer, 'How Moral Principles Can Enter into the Law' en *Legal Theory*, 6 (2000), pp. 103-107.

como otros sistemas normativos generalmente pueden ser obligatorios para los aplicadores en ciertos contextos jurisdiccionales, aunque no forman parte del derecho de la comunidad 'huésped'. Los jueces pueden estar autorizados, incluso obligados, por normas válidas a aplicar tales principios. No necesitan ser parte del derecho de la comunidad a la que los jueces pertenecen para ser requeridos a apelar a ellas en el contexto de un proceso particular. De este modo, no se sigue del hecho de que los jueces puedan algunas veces ser obligados por ciertos principios morales que dichos principios sean ellos mismos parte del derecho o jurídicamente válidos.

Dejando ahora aparte si este es un expediente adecuado para resolver la polémica entre positivismo incluyente o excluyente, si puede servir para darse cuenta de que una norma puede resultar válida, en el sentido de aplicable por los jueces y tribunales, aún sin pertenecer al Derecho.<sup>26</sup>

De algún modo, una respuesta semejante a esta es la que dan a Himma algunos de sus recientes críticos, como Matthew H. Kramer,<sup>27</sup> Wil Waluchow,<sup>28</sup> y Kent Greenawalt.<sup>29</sup>

Waluchow, por ejemplo, distingue hasta cuatro conceptos de validez, pero ello es así porque tienen en cuenta la validez moral. Si ahora obviamos esta complicación que afecta a sus tercero y cuarto sentidos de validez, su distinción es entre:<sup>30</sup>

*Validez jurídica como existencia (o aceptación):* *R* es oficialmente aceptada y practicada en un sistema jurídico *SJ* como una norma que satisface completamente los criterios sistémicos de validez jurídica (a la vez basados en el origen y en el mérito) incluidos en la regla de reconocimiento de *SJ*.

*Validez sistémica:* *R* es oficialmente aceptada y practicada en un sistema jurídico *SJ* como una norma que satisface completamente los criterios sistémicos de validez jurídica (a la vez basados en el origen y en el mérito) incluidos en la regla de reconocimiento de *SJ*, y de hecho, como una cuestión objetiva, satisface tales criterios sistémicos de validez.

---

<sup>26</sup> En José Juan Moreso, *Legal Indeterminacy and Constitutional Interpretation*, supra en nota 24, cap. III sostuvo que las normas irregulares no son jurídicamente válidas, en el sentido de que no pertenecen al derecho; pero son aplicables, en el sentido de que deben ser usadas para justificar las decisiones cuando han sido adoptadas por autoridades finales.

<sup>27</sup> Vd., Matthew H. Kramer, *Where Law and Morality Meet*, (Oxford: Oxford University Press, 2004), cap. 4 y 'Of Final Things. Morality as One of the Ultimate Determinants of Legal Validity', *Law and Philosophy*, 24 (2005): 47-97.

<sup>28</sup> Wil Waluchow, 'Four Concepts of Validity. Reflections on Inclusive and Exclusive Positivism', en M.D. Adler, K. E. Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, (Oxford: Oxford University Press, 2009), 123-143.

<sup>29</sup> Kent Greenawalt, 'How to Understand the Rule of Recognition and the American Constitution' en M.D. Adler, K. E. Himma (eds.), *The Rule of Recognition and the U.S. Constitution*, (Oxford: Oxford University Press, 2009), 145-173.

<sup>30</sup> Waluchow, 'Four Concepts of Validity. Reflections on Inclusive and Exclusive Positivism', supra nota 26, p. 140.

Ahora bien, la noción de aplicabilidad explica cómo el sistema jurídico introduce un procedimiento mediante el cuál determinadas normas son aceptadas con independencia de su conformidad con otras normas superiores.<sup>31</sup> También los jueces que se quedan en minoría en una decisión final de un Tribunal, comparten el criterio de que todos los demás órganos de su sistema jurídico deben comportarse cómo lo decide la mayoría, es decir de un modo contrario al derecho sustantivo, en su opinión. De este modo, lleva razón Kramer cuando sostiene que Himma ha ignorado la multiplicidad y el orden jerárquico de los criterios que integran la regla de reconocimiento.<sup>32</sup>

Algunas veces se ha sugerido que los Tribunales finales tienen el poder, la competencia, jurídico de dictar decisiones contrarias al derecho, aunque tienen el deber de no hacerlo. En este sentido, su situación –se dice- se asemeja a la del ladrón que vende cosas robadas, si lo hace transfiere la propiedad a los compradores de buena fe, parece que tiene el poder jurídico para hacerlo; aunque si lo hace comete un delito y puede ser castigado por ello.<sup>33</sup>

Esta es una conjetura que se halla en Dworkin referida al poder legislativo,<sup>34</sup> aunque Dworkin la rechaza como inadecuada:

La Constitución ha de interpretarse de modo que imponga un *deber* jurídico al Congreso de, por ejemplo, no aprobar leyes que restrinjan la libertad de expresión, pero no ha de interpretarse de manera que sustraiga el *poder* jurídico del Congreso de hacer válidamente una ley de ese tipo si infringe su deber. Desde este punto de vista, el Congreso se halla en la posición jurídica de un ladrón que tiene el deber jurídico de no vender bienes robados, pero conserva el poder jurídico de realizar una transmisión válida si lo hace. Esta interpretación tiene poco a su favor puesto que el Congreso, al contrario que el ladrón, no puede ser disciplinado más que negando la validez de sus actos incorrectos, por lo menos de una manera que ofrezca protección a los individuos a quienes la Constitución está destinada a proteger.

La razón que da Dworkin para rechazar esta posición me parece muy atinada. Guarda relación con la distinción de Hart entre sanción y nulidad,<sup>35</sup> mientras las reglas primarias (que imponen deberes) van contingentemente acompañadas de la sanción, las reglas secundarias (que confieren poderes) van conceptualmente unidas a la idea de nulidad,

---

<sup>31</sup> Vd. la distinción de Guastini entre validez formal y validez material, por ejemplo, Riccardo Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, (Milano: Giuffrè, 1993), p. 50.

<sup>32</sup> Matthew H. Kramer, *Where Law and Morality Meet*, supra nota 25, 103-109.

<sup>33</sup> Para este caso esta es la posición de H. Kramer, *Where Law and Morality Meet*, supra nota 26, p. 131. También lo es para el legislador que dicta leyes inconstitucionales, para el gobierno que dicta normas ilegales y para el juez que dicta sentencias *contra legem* según la posición que sostuvieron Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, (Barcelona: Ariel, 1996), pp. 94-95. Vd., mi crítica en José Juan Moreso, 'Come far combaciare i pezzi del diritto', *Analisi e Diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, P. Comanducci e R. Guastini (eds.), 7 (1997): 79-118. Ahora, como tendré ocasión de comentar, Atienza y Ruiz Manero han variado su posición.

<sup>34</sup> Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, (London. Duckworth, 1978), p. 142 nota .

<sup>35</sup> H.L. A. Hart, *The Concept of Law*, supra nota 1, pp. 35-37.

esto es, los actos realizados *ultra vires* carecen de validez, son nulos. Es más, cuando Hart se refiere a la noción de límites al poder legislativo en la obra de Bentham, le critica precisamente no haber distinguido entre aquellas leyes que el poder legislativo tiene prohibido emitir y aquellas que, si las promulga, no adquieren validez.<sup>36</sup> Esto es, los límites al Parlamento provienen del hecho que si los traspasa sus disposiciones son nulas (por ello suele decirse que las decisiones de los Tribunales constitucionales tienen valor declarativo). Si fuera de otra forma, entonces debería decirse que el Parlamento español tiene poder jurídico para promulgar normas penales que castiguen determinados delitos con la pena de muerte o que la Administración (la Junta de Gobierno de una Universidad, por ejemplo) puede sancionar con la pena de cárcel determinados comportamientos, aunque tienen prohibido realizar dichos actos.

Aunque (como digo en la nota 32) Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero sostuvieron esta posición en su obra *Las piezas del derecho*, ahora han cambiado su posición y sostienen una posición muy similar a la que aquí trato de vindicar. Imaginan que las Cortes Generales españolas aprobaran una ley que castigara, en tiempo de paz, algunos delitos de terrorismo con la pena de muerte. Y que recurrida la ley ante el Tribunal Constitucional este no la declarara inconstitucional. Entonces, afirman que esta situación revela que:<sup>37</sup>

La posibilidad de una tensión de este género no puede quedar nunca excluida en un sistema cuyas normas supremas tengan un contenido distinto del puro conferimiento de poderes, y reclamen obediencia para las autoridades que ellas mismas instituyen.

Por todo ello, parece menor sacrificio de nuestras intuiciones sostener que tampoco los Tribunales finales tienen el poder jurídico de dictar sentencias *contra legem*, aunque del hecho de que lo hagan se deriven otras consecuencias jurídicas.

Y es importante darse cuenta de que una reconstrucción adecuada de la regla de reconocimiento de un sistema jurídico, debería contener los criterios que permiten identificar las reglas que pertenecen al sistema y también los criterios que convierten a determinadas decisiones en finales y, por lo tanto, en obligatorias para todos los órganos. Es más, si sobre lo primero puede haber un amplio espacio para el desacuerdo (en términos dworkinianos desacuerdos sobre los *grounds* del derecho)<sup>38</sup> sobre lo segundo el espacio para la discrepancia ha de ser necesariamente menor. Es por esta razón que algunas reglas procedimentales han de estar excluidas de la controversia jurídica. Quiénes son las

---

<sup>36</sup> H.L.A. Hart, *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, (Oxford: Oxford University Press, 1982), cap. IX, p. 24.

<sup>37</sup> Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, 'Seis acotaciones preliminares para una teoría jurídica de la validez', *Doxa* 26 (2003): 719-736, en p. 728. Comparto plenamente esta afirmación y otras de este tenor que se hallan en este clarificador trabajo. Ahora bien, los autores sostienen también que, en el caso que nos ocupa, aunque la ley que castiga con la pena de muerte determinados delitos de terrorismo es inválida regulativamente, goza de validez constitutivamente. En mi opinión, este es sólo un residuo que queda en la nueva conceptualización de Atienza y Ruiz Manero, de la vieja concepción. Creo que la distinción entre validez regulativa y validez constitutiva no está en condiciones de explicar los problemas de las normas irregulares.

<sup>38</sup> Ronald Dworkin, *Law's Empire*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986), cap. 1.

autoridades finales y cuándo sus decisiones son obligatorias para todos debe formar parte de aquello en lo que estamos de acuerdo para que exista un sistema jurídico.<sup>39</sup>

Ahora bien, es muy relevante darse cuenta de que si Himma llevara razón sería posible extender su posición más allá de la polémica entre positivismo incluyente y excluyente. En palabras de Kramer:<sup>40</sup> 'Si la crítica de Himma de las concepciones incluyente e incorporacionista de la determinación del derecho fuera correcta, entonces una crítica paralela se aplicaría a cualquier proceso de aplicación del derecho'. Es importante darse cuenta de este punto, porque más allá de cómo conceptualizar el fenómeno en nuestra teoría jurídica, es necesario apreciar que este problema guarda relación con nuestra concepción del derecho. Una razonable concepción del derecho ha de ser capaz, según creo, de hacer lugar tanto a la doctrina Julia Roberts como a la doctrina Obispo Hoadly, en el sentido que el Derecho no es lo que los jueces dicen que es, pero que debe haber un consenso convencional suficiente que conceda fuerza de obligar a las decisiones finales de los jueces. Si dicho consenso desaparece, entonces estamos a las puertas de cambiar de sistema jurídico. Podemos estar en desacuerdo acerca de si la Constitución es compatible con el reconocimiento de diversas naciones en España, o sobre si permite la interrupción voluntaria del embarazo sin indicaciones o sobre si autoriza el matrimonio entre personas del mismo sexo y el sistema jurídico puede seguir disfrutando de una amplia estabilidad. Sin embargo, si estamos en desacuerdo acerca de que todos los operadores jurídicos están sujetos a lo que establezca el Tribunal Constitucional en sus sentencias, entonces la textura del derecho peligra, porque la frágil textura del derecho está hecha de procedimientos.

## 5. Los desacuerdos en el Derecho

Ahora tal vez podamos darnos cuenta de que una concepción que sólo respetara la doctrina del Obispo Hoadly no dejaría espacio para las discrepancias en el derecho. Serían discrepancias o bien fingidas, hipócritas, o bien fruto de una concepción equivocada de las cosas.<sup>41</sup>

Sólo la doctrina Julia Roberts puede dar cuenta de los desacuerdos en el Derecho. Si los jueces pueden equivocarse, entonces hay, al menos en algunos casos, una respuesta a las discrepancias, y los desacuerdos son posibles.

---

<sup>39</sup> Kent Greenawalt, 'How to Understand the Rule of Recognition and the American Constitution', supra nota 27, p. 151, nos recuerda que en algunos casos también esto es puesto en duda: así cuando Lincoln desafía la validez constitucional de la decisión en *Dred Scott*. Y, de hecho, siempre queda la duda de si las decisiones finales no pueden ser desafiadas por nulidad en casos extremos. Pero es obvio que ningún sistema jurídico sobreviviría si todas las decisiones fuesen siempre aptas para ser revisadas.

<sup>40</sup> Matthew H. Kramer, *Where Law and Morality Meet*, supra nota 26, p. 120.

<sup>41</sup> Recientemente Brian Leiter ha tomado esta posición como respuesta a la literatura, procedente de Dworkin, acerca de los desacuerdos teóricos. Vd. Brian Leiter, 'Explaining Theoretical Disagreement', *University of Chicago Law Review* 76 (2009): 1215-1250. En donde contesta el trabajo de Scott J. Shapiro, 'The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed', en A. Ripstein (ed.), *Ronald Dworkin* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 22-55.

Ahora bien, si nuestras discrepancias jurídicas pudieran versar sobre cualquier cosa, sería legítimo preguntarnos cómo es posible que el derecho rija nuestra conducta de un modo razonable. Ha de haber algunos elementos del derecho que expliquen esta estabilidad. La propia teoría de Hart al concebir el derecho como la unión de reglas primarias y secundarias tal vez nos puede ofrecer una pista de la línea a seguir.<sup>42</sup>

No me parece razonable considerar que todo lo que el derecho requiere es controvertido y depende de consideraciones valorativas. Algunos aspectos de la práctica han de estar protegidos de esta controversia. En mi opinión -y expuesto de modo muy provisional- al menos el contenido de las reglas jurídicas de las siguientes clases ha de poder identificarse sin controversia ni recurso a valoraciones:<sup>43</sup>

a) Las reglas que confieren poderes y las reglas de adjudicación en aquello que se refiere a la determinación de los órganos jurídicos y de los procedimientos.

b) Las resoluciones judiciales y administrativas que establecen las decisiones individuales.

c) Las reglas que establecen qué decisiones judiciales son definitivas y los procedimientos para hacerlas cumplir por el resto de órganos judiciales y administrativos.

Los tres puntos merecen algún comentario. En relación con el primero, es obvio que las reglas que confieren poderes son controvertidas también por lo que refiere al contenido, a la competencia material, que suele estar limitada por disposiciones superiores ampliamente controvertidas: así el Parlamento limitado por las disposiciones constitucionales. Sin embargo, la determinación de quién sea el Parlamento o el Tribunal Constitucional puede determinarse sin recurrir a juicios de valor.<sup>44</sup>

Las decisiones individuales que ponen fin a las controversias han de atribuir derechos y deberes de un modo claro. Una sentencia penal debe condenar a X por haber cometido el delito D, no puede condenar a X bajo la condición de que no estuviera amparado por una causa de justificación (lo que seguiría siendo controvertible).

Respecto del último punto es importante notar que, por ejemplo, aunque la sentencia del Tribunal Constitucional 89/2007<sup>45</sup> sobre la constitucionalidad de determinados artículos de los Acuerdos entre España y la Santa Sede, en virtud de la cual no es inconstitucional que los profesores de religión contratados por la administración educativa pública puedan ver rescindido su contrato al no obtener el certificado de idoneidad de la autoridad eclesiástica por sus convicciones o acciones contrarias a la doctrina católica, es muy controvertida y destacados juristas opinan que no es acorde con la Constitución, nadie pone en duda que – dado que la decisión es, según el derecho español, definitiva- el Tribunal Superior de Canarias que planteó la cuestión de inconstitucionalidad, debe resolver el caso considerando los artículos de los Acuerdos como constitucionales. O, en un supuesto más relevante, la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió en *Bush v. Gore*<sup>46</sup> que la decisión del Tribunal

---

<sup>42</sup> Sigo aquí las ideas que había expuesto en José Juan Moreso, *La Constitución: modelo para armar*, (Madrid: Marcial Pons), ensayo 14.

<sup>43</sup> Obviamente que así se concede una parte de la razón a los positivistas exclusivos que sostienen que la existencia y el contenido del derecho se determina sin recurrir a la moralidad. Vd., recientemente, Joseph Raz, 'Incorporation by Law', *Legal Theory* 10 (2004): 1-17.

<sup>44</sup> Es cierto que habría que hacer una precisión: los supuestos de abstención y recusación de jueces y magistrados puede conllevar discrepancias sobre cuestiones sustantivas.

<sup>45</sup> STC 89/2007, de 19 de abril de 2007.

<sup>46</sup> 531 US 98 (2000).

Supremo de Florida que establecía la necesidad de recomtar los resultados de la elección presidencial en el Estado de Florida era inconstitucional y, de este modo, permitió que George Bush fuera proclamado Presidente. Fue una decisión muy controvertida y destacados juristas piensan que es equivocada,<sup>47</sup> pero nadie ha defendido, hasta donde yo sé, que Bush fue proclamado Presidente de los Estados Unidos de modo ilegal.

## 6. Conclusiones

La conclusión de este trabajo tiene un cierto aire de paradoja: los jueces pueden equivocarse, pero también han de ser obedecidos, con arreglo al derecho, cuando se equivocan. Esto es lo que parece concluirse de la aceptación de las doctrinas Julia Roberts y Obispo Hoadly. Ahora bien, el aire de paradoja tal vez comienza a desvanecerse cuando caemos en la cuenta de que esta es la situación de cualquier sistema de reglas con procedimientos para determinar su cumplimiento, de sistemas –como el derecho- de justicia procesal imperfecta. Entonces, tenemos pautas que guían el comportamiento de los destinatarios de las normas y de los encargados de hacerlas cumplir. Pero, inevitablemente, tenemos también procedimientos, de nuevo con reglas, que establecen qué decisiones han de ser seguidas en último caso. Dichas decisiones, para decirlo con H. L. A. Hart de nuevo, son definitivas pero no infalibles.

---

<sup>47</sup> Vd., por ejemplo, Ronald Dworkin (ed.) *A Badly Flawed Election. Debating Bush v. Gore, the Supreme Court, and American Democracy* (New York. The New Press, 2002).