



**Discurso del rector en el acto de su
investidura como Doctor Honoris Causa**

Universidad de Valparaíso

Chile. 4 de octubre de 2010

LOS DESACUERDOS EN EL DERECHO

José Juan Moreso*

(I)

Lo primero que quiero hacer es agradecer a la Universidad de Valparaíso el inmenso honor que me hace al concederme este doctorado. Es la primera vez que me es otorgada la más preciada de las distinciones académicas y la verdad es que en mi ánimo el agradecimiento trata de vencer al aturdimiento que también siento. Estoy agradecido por varias razones: no es la menor que llevaré con orgullo este honor arropado por el precioso nombre de *Valparaíso*, se lo pusiera asombrado de la belleza del valle que acoge la ciudad, Juan Bautista Pastene o lo trajera entre los pliegues de su alma Juan de Saavedra, desde su lejana Cuenca allá en

* Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona.

España. La Universidad de Valparaíso, aunque es joven como Universidad autónoma, fue la sede regional más importante durante muchas décadas de la Universidad de Chile, la más antigua del país. De ella heredó el pluralismo y la libertad académica que caracteriza la tradición pública de la universidad en Chile. De hecho, su prestigiosa Escuela de Derecho cumplirá cien años en 2011 y desde aquí deseo felicitar a toda la comunidad jurídica de esta Universidad por ello. Por otra parte, este es mi cuarto viaje a esta tierra chilena durante mi rectorado en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona que comenzó en 2005. Son muchas las cosas que unen Chile con Cataluña, la parte de España de la que vengo, el tesón y la unión entre nosotros caracteriza nuestros proyectos capaces de superar las dictaduras que nos atenazaron en el Siglo XX. Por esta razón, entre otras, el mes de mayo pasado otorgamos a la anterior presidenta de Chile, Michelle Bachelet, el doctorado honoris causa en mi Universidad.

Por último, mi especialidad académica es la filosofía del derecho y ello me ha permitido tener amigos ya antiguos en Chile (mi primer viaje a Santiago fue hace veinte años) y en toda Latinoamérica. Nos acompaña en este acto el profesor Ernesto Garzón Valdés, también doctor honoris causa por esta Universidad, que ha sido y es maestro de todos nosotros, los que un día fuimos jóvenes filósofos del derecho, de la moral y de la política, en Europa y en toda Latinoamérica. Entre todos nuestros maestros quiero destacar ahora la generosidad y la lucidez del profesor Agustín Squella, anterior rector de esta Universidad, impulsor de tantas iniciativas académicas entre las que tal vez destaca la dirección de la

Revista de Ciencias Sociales, una contribución central al pensamiento jurídico moderno y contemporáneo, de la cual es subdirector de la Revista el actual rector, el profesor Aldo Valle; y en el profesor Squella precisamente quiero simbolizar mi afecto por esta tierra chilena: gracias, Agustín.

Voy a comenzar mi exposición sobre los desacuerdos en el derecho con una célebre anécdota, en el ámbito jurídico norteamericano, con la que también comienza el último libro de teoría jurídica del filósofo del derecho más influyente de las últimas décadas, me refiero a Ronald Dworkin:¹

Siendo Oliver Wendell Holmes magistrado del Tribunal Supremo, en una ocasión de camino al Tribunal llevó a un joven Learned Hand en su carruaje. Al llegar a su destino, Hand se bajó, saludó en dirección al carruaje que se alejaba y dijo alegremente: ‘¡Haga justicia, magistrado!’. Holmes paró el carruaje, hizo que el conductor girara, se dirigió hacia el asombrado Hand y, sacando la cabeza por la ventana, le dijo: ‘¡Ése no es mi trabajo!’. A continuación el carruaje dio la vuelta y se marchó, llevándose a Holmes a su trabajo, supuestamente consistente en no hacer justicia.

Dos elementos son destacables de este pasaje. En primer lugar, que muchos años después de esta anécdota, cuando el juez Hand estaba

¹ Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2006), trad. al castellano de M. Iglesias e I. Ortiz de Urbina, *La justicia con toga* (Madrid: Marcial Pons, 2007), p. 11.

a punto de jubilarse, Ronald Dworkin fue *clerk* (letrado, podríamos decir) del juez Hand. En segundo lugar, y más relevante, cuando esta anécdota se cuenta suele añadirse que Holmes completó su frase para añadir a la afirmación de que su trabajo no consistía en hacer justicia, que consistía en ‘aplicar el derecho’ (‘it is my job to apply the law’)² y, en algunas versiones de la historia, añadiendo algo: ‘mi deber es hacer que las personas se comporten conforme a las reglas’ (‘they play by the rules’).

De hecho, la Constitución española (en su art. 117.1), como tantos otros textos jurídicos fundamentales, cuando se refiere a los jueces y Tribunales afirma que están ‘sometidos únicamente al imperio de la ley’.

Sin embargo, no siempre es claro qué es aquello que el Derecho requiere en una determinada situación. Volvamos a un ejemplo hipotético de Ronald Dworkin: la señora Sorenson tomó durante años un medicamento cuyo nombre genérico es *Inventum*, pero que fue producido por diversas empresas farmacéuticas bajo diversos nombres comerciales. *Inventum* producía graves efectos secundarios como resultado de los cuales la señora Sorenson tuvo graves lesiones vasculares. Los fabricantes conocían los riesgos del producto y actuaron con negligencia al comercializarlo. Ahora bien, la señora Sorenson no puede probar de qué empresas tomó las píldoras que le produjeron las

²Vd., por ejemplo, recientemente Robert M. George, ‘Brennan Lecture. Challenges Facing and Independent Judiciary’, *New York University Law Review*, 80 (2005): 1345-1365, en p. 1350 nota 19 y las referencias que allí se encuentran.

lesiones. Si Sorenson demanda a todas las empresas conjuntamente, ¿tiene la demandante derecho a ser indemnizada?³

Hay una respuesta tradicional y clara a esta cuestión, una respuesta que podemos llamar *formalista*. El Derecho español, en concreto el artículo 1902 del código civil, regula esta situación del siguiente modo: ‘El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado’. Y, entonces, si la señora Sorenson no puede probar la relación de causalidad entre sus dolencias y los productos que tomó, la señora Sorenson no tiene derecho a ser indemnizada.

O pensemos en otro caso hipotético. En la novela de Philip Kerr, *Una investigación filosófica*,⁴ se describe el Londres de 2013 como una ciudad insegura, con un alto grado de delincuencia. Entre las medidas que se toman para reducirla, se encuentra la imposición de un nuevo tipo de pena: dado que la ciencia médica ha conseguido inducir y revertir el

³ Véase *Justice in Robes*, caps. I y VI. Se trata de un caso hipotético pero claramente evoca una decisión del Tribunal Superior del Estado de California (*Sindell v. Abbott Laboratories* 26 Cal 3d 588; 607 P.2d 924, 163 Cal. Repr. 132 (1980)) que condenó a los laboratorios Abbot a indemnizar por daños por haber fabricado y comercializado el dietilestilbestrol que producía daños a las hijas de las mujeres embarazadas que lo tomaron para reducir el riesgo de aborto, con la particularidad de que –dada la imposibilidad de probar que marca concreta del producto produjo el daño– los laboratorios son condenados a una indemnización a las víctimas en proporción a su cuota de mercado. Vd., por todos, esta doctrina y la situación en España en Albert Ruda González, ‘La responsabilidad por cuota de mercado a juicio’, *Working paper n. 147, Indret 03/2003*. www.indret.com.

⁴ Philip Kerr, *A Philosophical Investigation* (London: Chatto & Windus, 1992), traducida al castellano por M. Bach como *Una investigación filosófica* (Barcelona: Anagrama, 1996). Creo que escuché por primera vez relacionar este caso con este problema constitucional a Juan Carlos Bayón en agosto de 1996 en una conferencia en la Universidad de Buenos Aires.

estado de coma en los humanos, se sustituye la pena de prisión por el denominado *coma punitivo*. De este modo, a los condenados a dicha pena se les induce el coma por el tiempo de la condena y son confinados en una especie de hospitales en donde, como es obvio, no hay peligro de fugas ni de motines, sólo hay que conservarlos con alimentación y respiración asistida. Por otro lado, el artículo 15 de la Constitución española prohíbe los tratos inhumanos y degradantes. Si el coma punitivo se introdujera en el código penal español, ¿sería esta pena una medida conforme con nuestra constitución? O, dicho en términos dworkinianos, entre las condiciones de verdad de la proposición según la cual el coma punitivo está (o no) excluido por la constitución española, ¿se halla la adecuación a la moralidad de dicho castigo?, ¿cómo debe determinarse si el coma punitivo es o no un trato inhumano y degradante?⁵

Un tipo especial de respuesta formalista, que en la doctrina anglosajona de los últimos años se conoce como *originalismo*, consiste en tratar de recuperar las intenciones (la voluntad, dicho en los términos tradicionales) del legislador: se trata de averiguar si los constituyentes españoles tenían la intención de excluir el coma punitivo de las penas permitidas constitucionalmente. Y muchos añaden a esta reflexión la afirmación de que los constituyentes no querían excluir el coma punitivo, por lo tanto el coma punitivo no es, a efectos del artículo 15 de la constitución, un trato inhumano ni degradante.

⁵ He usado este ejemplo con fines semejantes al de este trabajo en José Juan Moreso, 'La lectura moral del Derecho', *Revista de Libros* 142 (octubre 2008), 11-13.

O pensemos en un caso real y discutido entre nosotros. ¿Veda o no nuestra constitución los matrimonios entre personas del mismo sexo? Como bien sabemos, el art. 32.1 de nuestra carta magna reza así: ‘El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica’. Otra vez, la respuesta intencionalista podría ser (y es la de algunos): la intención de los constituyentes sólo cubre el matrimonio entre personas de distinto sexo, por lo tanto el matrimonio entre personas del mismo sexo está excluido constitucionalmente.⁶

(II)

Si la respuesta que he llamado *formalista* fuese la que captase los deberes de los jueces, entonces tendríamos virtualmente una respuesta para cada caso ante los jueces y tribunales y, por otro lado, la certeza y la seguridad jurídicas quedarían preservadas. Este aspecto del formalismo lo hace inmensamente atractivo.⁷ No obstante, es obvio que no hay acuerdo entre los juristas acerca de las respuestas a los casos presentados. No todos, ni muchos menos, aceptarían que la demanda de la señora Sorenson debe ser desestimada, ni que el coma punitivo es un castigo autorizado por nuestra constitución ni que el matrimonio entre personas del mismo sexo está excluido por ella. De hecho no lo aceptan. Hay civilistas que piensan que en nuestro derecho de daños cabe algo como la responsabilidad proporcional a la cuota de mercado cuando la causalidad no puede probarse, hay penalistas que nos argumentarían que la

⁶ He usado este ejemplo para referirme a los desacuerdos en el derecho en José Juan Moreso, ‘Legal Positivism and Legal Disagreements’, *Ratio Juris*, 22, (2009): 62–73.

⁷ Pueden verse estas dos atractivas presentaciones del formalismo: Norberto Bobbio, ‘Formalismo giuridico e formalismo etico’, *Rivista di filosofia*, 45, (1954): 235-270 y Frederick Schauer, ‘Formalism’, *The Yale Law Journal*, 97 (1987): 509-548.

constitución excluye el coma punitivo y hay constitucionalistas y especialistas en derecho de familia dispuestos a argumentar que la constitución autoriza al legislador a regular los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Esta situación llevó a parte del pensamiento jurídico al otro extremo: al escepticismo, según el cual todas las cuestiones jurídicas son controvertidas y nunca hay respuestas correctas en derecho. Antes de las decisiones judiciales, por así decirlo, hay sólo expectativas, predicciones, pero los derechos jurídicos sólo se perfeccionan en el contexto de las decisiones judiciales firmes.⁸

En medio de estos dos extremos, se sitúa gran parte del positivismo jurídico contemporáneo de corte hartiano. De hecho, Hart llamó a estos dos puntos de vista: el *noble sueño* y la *pesadilla*.⁹ Para Hart, en estos casos el derecho está indeterminado, puesto que ni el lenguaje de los textos ni las intenciones de los que los elaboraron son suficientemente nítidos para resolver estas controversias. Por lo tanto,

⁸ Como es sabido, esta es la posición del realismo jurídico americano de entreguerras. Pueden verse las presentaciones de Giovanni Tarello, *Il realismo giuridico americano*, (Milano: Giuffrè, 1962), Robert S. Summers, *Instrumentalism and American Legal Theory*, (Ithaca, NY : Cornell University Press, 1982) y Brian Leiter, 'Legal Realism and Legal Positivism Reconsidered', *Ethics*, 111, (2001): 278-301. Más recientemente es la posición de *Critical Legal Studies*: dos buenas presentaciones en Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987) y Andrew Altman, *Critical Legal Studies. A Liberal Critique*, (Princeton, NJ: Princeton University Press, 1990). A ello puede sumarse lo que podemos denominar el realismo jurídico italiano y francés. Véase respectivamente: 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.

⁹ H. L. A. Hart, Hart, H.L.A., 'American Jurisprudence Through English Eyes: The Nightmare and the Noble Dream', *Georgia Law Review*, 11, (1977): 969-989.

hay que distinguir los casos claros de los casos difíciles en el derecho. En los casos claros, el derecho determina la solución y los jueces tienen claramente el deber de resolverlos conforme al derecho; en los casos difíciles, por el contrario, el derecho no determina la solución y, por lo tanto, los jueces tienen discreción.¹⁰

(III)

Sin embargo, hay un aspecto de esta posición iuspositivista muy inquietante: arroja las controversias y los desacuerdos en el derecho más importantes, los que se debaten en las aulas de nuestras Facultades de Derecho, los que levantan grandes pasiones en el foro y en las cortes, fuera del derecho. Son discrepancias, para los defensores de la discreción de los jueces, cuya naturaleza va más allá del derecho. Son discrepancias tal vez ideológicas, de naturaleza política o moral, pero no son resolubles jurídicamente.

Por esta razón, ya hace más de veinte años Ronald Dworkin atacó al positivismo jurídico como una concepción que era incapaz de dar cuenta de los desacuerdos teóricos en el derecho.¹¹

¹⁰ Esta es la posición defendida en el célebre capítulo VII de H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1961). Tal vez, era también la posición de Hans Kelsen con su idea de que los textos legales sólo definían un *marco* (*Rahmen*) en el que siempre caben varias concreciones, a veces incompatibles entre sí. Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2 ed. (Wien: Franz Deuticke, 1960), cap. VIII.

¹¹ Esta es tal vez la cuestión central de Ronald Dworkin, *Law's Empire*, (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1986).

Algunos juristas parecen pensar que las discrepancias jurídicas son una especie de lo que los filósofos han llamado recientemente *desacuerdos irrecusables* (“faultless disagreements”). 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 de establecerse que una de las partes está en un error (una discrepancia acerca de si los caracoles están gustosos, por ejemplo).¹²

Una cosa semejante a esta ha sido defendida recientemente por algunos autores iuspositivistas. Los desacuerdos en el derecho, como los desacuerdos acerca de si son mejores las variaciones de Goldberg o las variaciones Diabelli, tal vez carecen de solución. Brian Leiter ha defendido, por ejemplo, que los juristas o bien actúan bajo el error (formalista) de creer que hay respuestas objetivas a estos casos o bien, no ingenuamente, fingen para sus propósitos que el derecho ofrece respuestas allí donde saben que están dejando aflorar sus convicciones personales.¹³

¹² 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 el ya citado, 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.

¹³ Brian Leiter ha tomado esta posición como respuesta a la literatura, procedente como sabemos de Dworkin, acerca de los desacuerdos teóricos. Vd. Brian Leiter, ‘Explaining Theoretical Disagreement’, *University of Chicago Law Review* 76 (2009): 1215-1250. En dónde contesta al

(IV)

En realidad sólo hay tres respuestas posibles al problema de los desacuerdos en el derecho. La primera consiste en reconocer que son genuinos desacuerdos, pero que no son irrecusables. Uno de los modos de defender una posición como esta sería un regreso al formalismo. Pero hay otras: algún tipo de realismo objetivista de carácter iusnaturalista podría valer también.¹⁴

La segunda consiste en negar que sean verdaderos desacuerdos. Cuando mi hija Júlia y yo discrepamos acerca de lo sabrosos que están los caracoles, en realidad no discrepamos realmente. Sencillamente a ella no le gustan los caracoles y a mi sí. Cuando reconocemos que nos referimos a nuestros gustos, a nuestras predisposiciones genéticas, entonces no hay realmente discrepancia. Yo bien puedo decir, ‘para Júlia los caracoles no están sabrosos, porque no le gustan’. Aceptar esta posición en el derecho es aceptar un punto de vista realmente relativista: lo que el derecho requiere se bifurca en multitud de senderos de acuerdo con el punto de vista de cada uno.

La tercera respuesta acepta que hay desacuerdos y que, algunas veces, son irrecusables. Se trata de aceptar el desafío de Dworkin y tratar

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.

¹⁴ Así es interpretado Dworkin de vez en cuando, Verónica Rodríguez-Blanco, ‘Genuine Disagreements: A Realist Interpretation of Dworkin’. *Oxford Journal of Legal Studies* 21 (2001): 649-671.

de hallar, tras nuestros desacuerdos, los presupuestos comunes, Dworkin los llama *grounds of law*,¹⁵ que pueden ayudarnos a disiparlos. Si mi discrepancia acerca de los caracoles no es con mi hija Júlia, a la que no le gustan los caracoles, sino con mi amigo Jaume al que le gustan, como a mí, los caracoles, entonces tal vez estoy sugiriendo que la salsa que los acompaña no es la adecuada y, sobre ello, puede haber una discrepancia resoluble; Jaume puede decirme: ‘De acuerdo, son mejores del modo que tú dices’. Es lo que hacemos en el derecho a menudo. Para determinar si es aceptable la responsabilidad proporcional a la cuota de mercado debemos acudir a la noción de responsabilidad civil que manejamos y a sus fundamentos. Para saber si el coma punitivo es una pena inhumana debemos, posiblemente, esbozar una determinada justificación del castigo y mostrar que es la más compatible con la noción de dignidad humana presupuesta por nuestra constitución y algo similar ocurre con los matrimonios entre personas del mismo sexo, debemos tratar de establecer qué noción de familia y de realización personal presupone la constitución.

¿Pueden los presupuestos comunes salvar todos nuestros desacuerdos? Creo que no. Creo que esta posición hay que tomarla como un *ideal*. Pero este ideal es compatible con el hecho de que, algunas veces, nuestros presupuestos sean final e irremediabilmente incompatibles. No creo que haya un modo de evitar esta conclusión, pero lo que sí creo que hay son razones para seguir presentando siempre argumentos a la búsqueda de presupuestos comunes.

¹⁵ Ronald Dworkin, *Law's Empire*, supra nota 11, pp. 4-6.

(V)

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, un conocimiento que puede expresarse a través de proposiciones que describen el derecho.

Pues bien, de este modo estamos en condiciones de establecer una tesis sustantiva de la aplicación del Derecho 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'.¹⁶

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 son indiscutiblemente verdaderas, como la proposición que la Constitución

¹⁶ Michael Moore, 'Legal Reality: A Naturalist Approach to Legal Ontology', *Law and Philosophy*, 21 (2002): 619-705, en p. 625.

española prohíbe la pena de muerte y determinados enunciados jurídicos, 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*,¹⁷ el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió anular *Bowers v. Hardwick*,¹⁸ 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’.¹⁹ 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 disagrees 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’.

¹⁷ 539 U.S. 558 (2003).

¹⁸ 478 U.S. 186 (1986).

¹⁹ *Supra* nota 18.

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*.²⁰

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, aún 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,²¹ hay que distinguir la definitividad de las decisiones finales de los Tribunales (la doctrina de la *res indicata*) y su infalibilidad, es decir, las decisiones firmes de los Tribunales son definitivas pero en ningún caso son infalibles.

Hart compara 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.

²⁰ Sigo aquí las ideas que había expuesto en José Juan Moreso, *La Constitución: modelo para armar*, (Madrid: Marcial Pons), ensayo 9.

²¹ H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, supra nota 10, pp. 141-147.

(VI)

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.

Ahora bien, si nuestras discrepancias jurídicas pudieran versar sobre cualquier cosa, sería legítimo preguntarnos cómo es posible que el derecho rijan nuestra conducta de un modo razonable. Ha de haber algunos elementos del derecho que expliquen esta estabilidad.

Las decisiones firmes, en virtud de la doctrina de la *res indicata*, devienen obligatorias y este extremo raramente es controvertido. Por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió en *Bush v. Gore*²² que la decisión del Tribunal 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,²³ pero nadie ha defendido, hasta donde yo sé, que Bush fue proclamado Presidente de los Estados Unidos de modo ilegal.

(VII)

²² 531 US 98 (2000).

²³ 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).

He defendido la posición que en el derecho hay desacuerdos genuinos, resolubles mediante la argumentación jurídica. Por lo tanto, los jueces pueden equivocarse y aunque, a veces, sus decisiones son finales, no son infalibles. He defendido, también, que tal vez algunos de nuestros desacuerdos son irrecusables; pero he apostado por no dejarnos vencer por esta pesimista conclusión en los casos concretos.

Lo que he defendido tiene consecuencias para la polémica viva en España, acrecentada por un caso famoso que está pendiente en nuestro Tribunal Supremo y que afecta a un juez español muy conocido también aquí, me refiero a Baltasar Garzón, acerca del alcance y los límites de la prohibición que pesa sobre los jueces de tomar resoluciones a sabiendas que son injustas, es decir, contrarias al derecho. De lo que he dicho ha de resultar obvio que me parece totalmente descarriado el intento de algunos de criminalizar los desacuerdos en el derecho. La práctica jurídica, como he tratado de mostrar, vive con y se alimenta de los desacuerdos. Pero esta cuestión, esto es: la cuestión de cuándo y cómo puede afirmarse que un juez decide contra el derecho, deberá aguardar a otra ocasión.

Quiero terminar, sin embargo, con unos versos del *Canto General* del gran Neruda que leí en la ceremonia de la concesión del doctorado honoris causa a la presidenta Bachelet:

Noche, nieve y arena hacen la forma
de mi delgada patria.
Todo el silencio está en su larga línea,
toda la espuma sale de su barba marina,

todo el carbón la llena de misteriosos besos.
Como una brasa de oro arde en sus dedos
y la plata ilumina como una luna verde
su endurecida forma de tétrico planeta.

Por cierto, que el misterio de los besos de Neruda empuje para
llegar hasta los mineros que esperan ser salvados.

Muchas gracias.