

¿Ha muerto la teoría legal?

Eduardo Hernando Nieto^(*)

Obviamente están pasando muchas cosas significativas en el campo de la teoría del Derecho y estos cambios que están dándose vienen modificando de manera paulatina pero radical el panorama del estudio del Derecho y de la comprensión del mismo.

En este sentido, este pequeño texto desea mostrar cuáles son esos cambios y cuál puede ser el futuro del Derecho y de las instituciones jurídicas. La necesidad de conocer esta realidad es importante no solo porque se trata de analizar qué es lo que está ocurriendo en el debate académico contemporáneo, sino también porque a través de estas novedosas lecturas de lo jurídico se estarían abriendo posibilidades para replantear el funcionamiento de nuestras propias instituciones, amén de que se estimularía mucho el campo de la investigación en el Derecho.

Veamos pues en qué consisten primero estas transformaciones para poder después especular un poco alrededor de lo que representan para nosotros estas variaciones y cómo es que debemos mirar “aquí y ahora” al Derecho.

1. De la legalidad a la argumentación jurídica

Ciertamente, el Derecho moderno se construyó a partir de la noción de ciencia jurídica y del positivismo jurídico, desde fines del siglo XVIII, es decir, desde el momento en el que se planteó la posibilidad de definir al Derecho bajo el paradigma científico y por lo tanto se requería de su objetivización a fin de ser estudiado en los términos propuestos por la ciencia moderna.

Tal objetivización se dio en principio a partir de la inclusión de “objetos de estudio” como el soberano, el mandato y la sanción, que constituían como señalaba Jeremy Bentham, la identidad del Derecho⁽¹⁾. Aquí empezaría a apreciarse el valor que tendrían tanto la noción de orden (más tarde regla) como la de coerción (que después se relacionará con la eficacia del mismo), estas características más adelante serían a su vez reformuladas a partir de un nuevo “objeto”, el sistema jurídico⁽²⁾, precisamente tratando de neutralizar el sentido voluntarista o decisionista de la primera versión positivista y que la hacía poco compatible con el ideal liberal y el de los derechos individuales.

Este sistema normativo en realidad se organizó alrededor de un concepto clave como fue el de la norma o regla. La norma jurídica, a diferencia de la perspectiva anterior, se consideraba ya no como un acto de voluntad personal sino como un producto de la razón humana, y en ese sentido, la regla no podía reflejar ningún interés que no sea el general, vale decir, se trataba el Derecho de reglas impersonales y carentes entonces de contenido, simples formas.

A partir de esta propuesta, se construyó el término de ordenamiento legal o jurídico, asumiendo entonces la existencia de un conjunto de reglas claramente identificadas como pertenecientes a dicho sistema, es decir, reglas válidas que lo eran en tanto habían sido creadas de acuerdo a lo establecido por el mismo sistema, respondiendo a su vez a una jerarquía. Este sería el inicio de lo que llamaríamos teoría legal, y a

(*) Doctor en Filosofía. Profesor de Filosofía del Derecho y Argumentación Jurídica en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Academia de la Magistratura.

(1) “Mandato imperativo que emana del soberano” era la manera como el primer modelo positivista del Derecho lo definía. Cfr. BENTHAM, Jeremy. *The Principles of Morals and Legislation*. Darien, Conn: Hafner Publishing, 1970.

(2) Aquí evidentemente pensamos en Hans Kelsen, obviamente una leyenda en lo que toca a la formulación del positivismo jurídico. Véase: KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. México: UNAM, 1983; KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: Textos Universitarios, 1969; KELSEN, Hans. *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. México: Fontamara, 1995.

partir de esto, la citada teoría legal se abocaría al estudio, análisis y descripción del funcionamiento del sistema normativo como lo señalaba Norberto Bobbio en un conocido texto:

“La teoría de la norma jurídica y la teoría del ordenamiento jurídico forman una completa teoría del Derecho, principalmente desde el punto de vista formal. Bajo el primer título se estudia la norma jurídica, considerada de manera aislada; la materia del segundo título es el conjunto, complejo o sistema de normas que constituyen un ordenamiento jurídico (...) Aunque sea obvio debemos retratar que las normas jurídicas constituyen siempre una totalidad, que la palabra ‘Derecho’ es usada indistintamente tanto para indicar la norma jurídica individual como para referirse a un determinado complejo de normas jurídicas, como también que el estudio profundo del ordenamiento jurídico es relativamente reciente, bastante más que el de las normas individuales, que es un poco más antiguo”⁽³⁾.

Así, por ejemplo, hablar de teoría legal significa discutir sobre las características del sistema jurídico que serían, también en palabras de Bobbio, “la unidad”, “la coherencia” y “la plenitud”, vale decir, que el sistema jurídico sería solamente uno solo, no habrían conflictos entre las normas o reglas, y, por último, tampoco se encontrarían vacíos o lagunas dentro del sistema. Evidentemente, al ser esto un modelo racional, entonces en la práctica concreta se encontrarían diversas fallas en el sistema como, por ejemplo, fuentes normativas en tensión o distintos sistemas jurídicos en conflicto, también hallaríamos tensiones entre las mismas reglas (antinomias) y por último los problemas de las lagunas también serían frecuentes⁽⁴⁾.

Ciertamente, a partir de esas tensiones más adelante se desarrollarían distintas críticas a la tradición positivista del Derecho.

Pero, sin dudas, el gran paradigma que fijó el positivismo jurídico fue el de la separación concreta entre la legalidad y la moralidad, definiéndose el Derecho -como hemos visto- solamente a partir del elemento de la legalidad (conforme a lo que estipula la autoridad) y el de la eficacia social⁽⁵⁾, sin incluir algún contenido de carácter moral, a pesar de que algunas propuestas positivistas hablasen de un mínimo contenido moral de la legalidad⁽⁶⁾ o de que en el desarrollo de la teoría legal se pudiese acuñar el término de “bien jurídico” que apelaría precisamente a un contenido de carácter moral⁽⁷⁾ y que aparecería contrario al propio discurso formal del Derecho.

En último término, la tesis moderna de la separación entre hechos y valores que abrió realmente el camino para la visión científica nunca pudo ser mantenida en la práctica y la presencia de los valores ha sido una constante permanente, en este sentido, no resulta extraño que una de las más importantes críticas a la tradición positivista haya provenido justamente desde la perspectiva moral asumiendo la tesis que el Derecho posee fines que van más allá de la supervivencia colectiva y de la generación de la cooperación entre las personas (Hart), sino que también se trata de buscar que las personas desarrollen plenamente su autonomía y se respete su dignidad⁽⁸⁾, lo cual coloca al Derecho antes que dentro de un plano protectorio y prohibitivo, orientando más bien hacia la acción y la orientación de las conductas humanas.

En este cambio que se daba a raíz de las crecientes necesidades humanas y de la

(3) BOBBIO, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Madrid: Debate, 1998. p. 153.

(4) Para un estudio de tales problemas y de las características de la legalidad positivista, véase: SANTIAGO NINO, Carlos. *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1991; ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*. México: Fontamara, 2000; BOBBIO, Norberto. *El Positivismo Jurídico*. Madrid: Debate, 1993; ROSS, Alf. *El Concepto de Validez y otros Ensayos*. México: Fontamara, 1997; PÉREZ LUÑO, Antonio. *Teoría del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1997; entre otros.

(5) Cfr. ALEXY, Robert. *El Concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994. pp. 13 y 14.

(6) Nos referimos al profesor Herbert Hart, al respecto, véase: HART, Herbert. *The Concept of Law*. Clarendon: Oxford University Press, 1961; o, *El positivismo jurídico y la independencia entre el derecho y la moral*. En: DWORKIN, Ronald. *La Filosofía del Derecho*. México: FCE, 1989. Para Hart, el Derecho debía incluir el derecho a igual libertad como ese mínimo moral y esto sería indispensable para contar con un Estado Liberal.

(7) MALEM, Jorge. *De la imposición de la moral por el derecho, la disputa Devlin-Hart*. En: *Isonomía*. Número 4. México, 1996.

(8) Que sería la tesis de Carlos Santiago Nino, véase: SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1998. Compartida por muchos liberales contemporáneos como el propio Ronald Dworkin, en: DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel, 1989.

complejidad de la vida social, se veía venir la caída del Estado de Derecho para dar espacio a la presencia de un Estado de Bienestar que podría estar más a tono con la presión social y con los problemas que esta generara⁽⁹⁾. La crisis del Estado de Derecho y del sistema jurídico positivista, en el primer tercio del siglo XX, generó entonces como consecuencia la necesidad de replantear el discurso jurídico y darle un contenido sustantivo a las reglas, pensando ya en fines políticos, sociales y económicos, y obviamente en valores⁽¹⁰⁾.

Tal escenario daría lugar más adelante a la aparición del llamado Estado Constitucional de Derecho⁽¹¹⁾ que reconocería no solamente la existencia de reglas generales sino también la presencia de reglas que perseguían abiertamente fines de interés social (llamadas directrices), así como también el reconocimiento de normas constituidas en base a principios que a su vez se originarían en valores anteriores.

Así pues, tendríamos la imagen siguiente: el Derecho ya no implicaría la presencia exclusiva de “reglas”, sino además contaría con “directrices”, “principios” y “valores”. Esto señalaría entonces la existencia de un “principio” adicional al de legalidad -concordante con el Derecho formal- que vendría a ser precisamente el “principio” de constitucionalidad:

“(…) si el ‘Estado Legislativo de Derecho’ había supuesto la sumisión de la Administración y del Juez al Derecho y en particular a la ley, el ‘Estado Constitucional de Derecho’ supone que también el legislador viene sometido al Derecho, en este

caso a la Constitución. Podría decirse pues, que el Estado Constitucional de Derecho incorpora, junto al principio de legalidad, el principio de constitucionalidad”⁽¹²⁾.

Por ello, tras la lectura de autores como Dworkin, Nino o Habermas y los neoconstitucionalistas, encontrábamos que el Derecho ya no podía ser reducido a la definición tradicional de “sistema normativo”, sino que más bien ahora se le asociaba directamente con principios y valores políticos (liberales, democráticos, etcétera) y que la llamada “teoría legal” iba siendo reemplazada por la “teoría constitucional”, que a su vez era en realidad “teoría política” y “filosofía política” en el sentido de fijar los temas del debate jurídico dentro de los límites de las teorías de justicia⁽¹³⁾.

Pero, alrededor de la propuesta neoconstitucional, girará también una perspectiva que apunta a la crítica del positivismo y la reducción del Derecho a la mera legalidad. Se trata de la corriente conocida como “teoría de la argumentación”, que desde los años 1970⁽¹⁴⁾ se encargaría de destacar el carácter deliberativo y obviamente racional del discurso jurídico, reconociendo, en este sentido, que el Derecho es fundamentalmente lenguaje y argumentación.

Posteriormente, con los trabajos de Manuel Atienza y sus discípulos⁽¹⁵⁾, se ha continuado avanzando con la sistematización de la propuesta que intenta analizar los procesos argumentativos en el Derecho, a fin de poder hacer más asequibles y legítimas las decisiones jurisdiccionales (y

(9) HERNANDO NIETO, Eduardo. *Entre la Excepción y la Regla: el decisionismo jurídico frente a la Escuela de Frankfurt*. En: *Isonomía*. Número 14. México: ITAM, 2001. Problemas inherentes a la condición activa que ahora tiene el Estado frente al carácter pasivo que era el que se encontraba dentro de los márgenes de la clásica perspectiva positivista. Hablamos entonces hoy ya no de un Estado regulador sino de un Estado asignador de recursos. Cfr. FISS, Owen. *Libertad de Expresión y Estructura Social*. México: Fontamara, 1997.

(10) FERRAJOLI, Luigi. *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

(11) Sobre el Estado Constitucional de Derecho existe hoy una profusa bibliografía destacándose, por ejemplo, FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Garantías, la ley del más débil*. Madrid: Trotta, 1999; ZAGREBELSKI, Gustavo. *El Derecho Dúctil, ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1999; PRIETO SANCHÍS, Luis. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003; WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Ernst. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000. Por citar algunos textos representativos.

(12) GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso J. GARCÍA FIGUEROA. *La Argumentación en el Derecho, algunas cuestiones fundamentales*. Lima: Palestra, 2003. pp. 21 y 22.

(13) Principalmente alrededor del tema de los derechos individuales y esto desde la aparición de un texto fundamental en esta línea discursiva como fue “La Teoría de la Justicia” de John Rawls. RAWLS, John. *La Teoría de la Justicia*. México: FCE, 1979. Originalmente publicado en 1971.

(14) Es en el año de 1978 que se publican dos textos pioneros en el desarrollo de la llamada “Teoría de la argumentación jurídica”. MACCOMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Clarendon: Oxford, 1978; y, ALEXY, Robert. *Teoría de la Argumentación Jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1978.

(15) Reconocido profesor de la Universidad de Alicante y director de la prestigiosa revista de Filosofía del Derecho *Doxa*, es otro de los forjadores de la teoría de la argumentación; véase, su ya clásica obra “Las razones del Derecho, teoría

también legislativas ciertamente). Justamente, la teoría de la argumentación parte del hecho de reconocer que el Derecho es más que la ley y que un Estado Constitucional implica, como hemos visto, la incorporación de fines sociales y de valores que deben tratar de materializarse. Por lo tanto, así como en la teoría legal hablamos de conflictos entre reglas, igual aquí, *a fortiori*, podrían suscitarse conflictos entre principios⁽¹⁶⁾, o conflictos entre directrices, o entre principios y directrices, los mismos que deberían ser superados mediante la argumentación y la fuerza del mejor argumento.

Si bien es cierto que siempre el discurso jurídico ha sido motivado, vale decir, que ha brindado razones por las cuales se actúa de una u otra forma y no se hace de manera arbitraria, tal justificación se daba a partir de la lógica jurídica y el famoso silogismo. Sin embargo, ahora se veía que en muchos otros casos apelar exclusivamente al silogismo podía llevarnos a un resultado incierto o injusto. Esto porque muchas veces se tendrían problemas de interpretación de la norma, de demostración de los hechos, de calificación de los hechos o de saber a ciencia cierta cuál sería la norma pertinente para el caso⁽¹⁷⁾, y esto tendría que ser aclarado antes de tomar una decisión.

Por eso la teoría de la argumentación jurídica se interesaba por resolver tales problemas a fin de poder hacer más legítima y participativa la adjudicación. En un tiempo como el actual, en el que es tan importante el aporte de la colectividad y la inclusión, se entendería también que una alternativa argumentativa fuese más próxima a las tendencias democráticas respecto a las tesis formales del Derecho que no eran precisamente demasiado amigables con la democracia y lo público.

Como señalaba Manuel Atienza, hoy resultaba necesario dejar de lado las concepciones de Derecho que lo tomaban como regla (positivismo), como hecho (realismo) o como valor (*iusnaturalismo*), para pasar a la noción de Derecho como argumentación:

(...) el gran paradigma que fijó el positivismo jurídico fue el de la separación concreta entre la legalidad y la moralidad (...)

“Lo que aquí me interesa destacar es la posibilidad de un cuarto enfoque que consiste en considerar al Derecho como un intento, una técnica, para la solución de determinados problemas prácticos. Se trata de una visión eminentemente instrumental, pragmática y dinámica del Derecho, que presupone, utiliza y en cierto modo, da sentido a las anteriores perspectivas teóricas y que conduce, en definitiva, a considerar el Derecho como argumentación. Es, cabría decir, la perspectiva del arquitecto que no solo proyecta el edificio, sino que se ocupa también de -y que proyecta teniendo en cuenta- los problemas que plantea su ejecución, la funcionalidad del edificio, su valor estético, su integración en el medio, etcétera. En definitiva, se trata de la perspectiva de quien no se limita a contemplar el edificio desde fuera, sino que participa activamente en su construcción y se siente comprometido con la tarea”⁽¹⁸⁾.

En esta dinámica, entonces, se reconocía también la complejidad del Derecho, en particular en los llamados “casos difíciles”, que podían involucrar justamente diferencias o conflictos de índole moral o político, por ejemplo, o donde hubiese dificultades sobre la identificación de los hechos. Justamente, la teoría de la argumentación jurídica empezaba con la diferenciación entre casos fáciles y casos difíciles, ya que gracias al reconocimiento de los casos difíciles se podía identificar las insuficiencias y limitaciones del silogismo en el Derecho y obviamente de la teoría legal, pues estas reglas no eran de mucha utilidad en este tipo de situaciones.

de la argumentación jurídica”. ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho, teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: CEC, 1991.

(16) Que el neoconstitucionalismo resuelve a partir del llamado juicio de ponderación. Cfr. ALEXY, Robert. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

(17) Clásicos problemas que destaca la TAJ y que nos llevarían a tener que argumentar sobre la norma y los hechos en un caso difícil. Cfr. GASCÓN ABELLÁN, Marina y Alfonso J. GARCÍA FIGUEROA. *La Argumentación en el Derecho, algunas cuestiones fundamentales*. p. 183.

(18) ATIENZA, Manuel. *Derecho y Argumentación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1997. p. 23.

Por otro lado, no se podía negar tampoco la influencia del Derecho anglosajón, típicamente casuístico en el desarrollo de esta propuesta, pues justamente se empezaba por el análisis del problema y por lo tanto tenía mucho sentido identificar al Derecho con la tarea de la resolución de conflictos, siendo así una actividad eminentemente práctica.

Sin embargo, habría que añadir también que de acuerdo a lo señalado por los teóricos de la argumentación, este enfoque no era necesariamente contrario u opuesto a la teoría legal y a la propia lógica jurídica, puesto que la argumentación operaba, como vimos, en los casos difíciles, pero una vez que se aclaraban los problemas normativos y fácticos entonces se aplicaba el silogismo jurídico sin inconvenientes. Por lo tanto, podía sostenerse que en el fondo la argumentación servía para transformar un caso difícil en un caso fácil.

Empero, tampoco podemos olvidar que ahora al ser el Derecho un concepto complejo que incluye reglas, directrices, principios y valores, es evidente que la solución de conflictos no será nada sencilla, requiriendo, por otro lado, un conocimiento de todas sus dimensiones a fin de poder participar en la actividad argumentativa⁽¹⁹⁾. En todo caso, al final añadiremos algunos comentarios más sobre la teoría de la argumentación y su relación -tensa- con la teoría legal.

2. Hacia la teoría de la excepción

Si realmente existe aún una teoría legal entonces tendría mucho sentido el que también exista una teoría de la excepción⁽²⁰⁾, puesto que la propia existencia del concepto “regla” implica a su vez el reconocimiento de su contraparte, la excepción, como sostuvo en su momento uno de

los forjadores de la teoría de la excepción, el profesor alemán Carl Schmitt:

“Racionalismo consecuente sería decir que la excepción nada prueba y que solo lo normal puede ser objeto de interés científico. La excepción perturba la unidad y el orden del esquema racionalista. No es raro encontrar argumentos de este tipo en la teoría del Estado positivista. Así, por ejemplo, Anschütz resuelve el problema de la conducta a seguir cuando no existe la ley de presupuestos diciendo que no es un problema jurídico (...). Pero una filosofía de la vida concreta no puede batirse en retirada ante lo excepcional y el caso extremo, sino que ha de poner en ambos su estudio y su mayor empeño. Más importante puede ser a los ojos de esa filosofía de la excepción que la regla, no por la ironía romántica de la paradoja, sino con la seriedad que implica mirar las cosas calando más hondo que lo que acontece en esas claras generalizaciones de lo que ordinariamente se repite. La excepción es más interesante que el caso normal. Lo normal nada prueba; la excepción, todo; no solo conforma la regla, sino que esta vive de aquella”⁽²¹⁾.

Precisamente, la tesis de Schmitt se centra en destacar el carácter jurídico de la excepción, lo cual representaba ya una novedad frente a aquellas tesis que trataban de excluir a la excepcionalidad del campo de lo jurídico⁽²²⁾, aduciendo que lo jurídico se reduce a lo legal y que la legalidad es la representación de la racionalidad (Kelsen).

Schmitt, en este aspecto, tiene el mérito de mostrarnos lo que sucede con lo jurídico cuando – digamos- “la ciudad está en movimiento”⁽²³⁾ y no “en reposo”, llegándose a una situación peligrosa en la que se amenaza la propia existencia de la ciudad y entonces se hace necesaria la toma de una decisión, puesto que en ese lapso la misma norma se vuelve inaplicable ante un supuesto de

(19) Sabiendo que un argumento no es sino un encadenamiento de proposiciones razonables, lo cual significa no solamente aspirar a la coherencia y consistencia sino también a la aceptabilidad de la proposición.

(20) Así como existe Estado de Derecho con mayor razón habría Estado de Excepción.

(21) SCHMITT, Carl. *Teología Política, cuatro ensayos sobre la soberanía*. Buenos Aires: Struhart & Cia, 1998. pp. 26 y 27. La perspectiva de la excepción además puede ser vista en otro importante texto de Schmitt como es: SCHMITT, Carl. *La Dictadura*. Madrid: Alianza, 1985. Otro trabajo relevante en la línea de Schmitt es también el clásico libro de: ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship, Crisis Government in the Modern Democracies*. New York: Hancourt Brace, 1948.

(22) SCHMITT, Carl. *Op. cit.*; p. 24.

(23) Podemos imaginar que esta acepción se refiere a una situación a menudo inopinada y que pone en grave riesgo la vida de las personas como puede ser un conflicto interno, una catástrofe natural, acciones terroristas, etcétera.

hecho imprevisto y se requiere una acción creadora que naturalmente corresponde a una voluntad política, a una decisión⁽²⁴⁾.

De hecho, al asumir que la excepción se define en términos de una decisión, Schmitt destaca el carácter “político-jurídico” de este acto soberano⁽²⁵⁾ y como consecuencia de ello resulta lógico pensar que este debe ser incluido y estudiado por el Derecho, a pesar de que -como comentábamos-, esto no había ocurrido y por ello no habría aún una “teoría del Estado de Excepción” dentro del Derecho Público y tampoco el problema de los estados de emergencia sería visto como problema de carácter jurídico atendiendo probablemente al viejo adagio *necitas legem non habet*, (la necesidad no tiene ley), pensando más bien que un estado de emergencia se ubica en una posición ambigua entre lo legal y lo político⁽²⁶⁾.

En este sentido, el aporte de Schmitt está en haber intentado una topografía del Estado de Excepción⁽²⁷⁾, considerando que este no puede ser reducido a un mero escenario de anarquía o caos, pero tampoco que pueda ser reducido a una norma o texto legal⁽²⁸⁾, ya que este opera en función a decisiones y no a reglas y que además su propósito es en el fondo de índole jurídico, ya que apunta a salvaguardar un orden y la esencia del Derecho (*nomos*) es precisamente el buscar y mantener un orden.

El interés contemporáneo en el Estado de Excepción no solo debe verse en base a una serie de situaciones de grave conflicto, como sería el caso de la lucha de los Estados Unidos contra el llamado terrorismo internacional, por ejemplo, y que se percibe a través de hechos concretos como el “Acta Patriótica” (2001) que deja de lado una serie de garantías y protecciones del Estado de Derecho, como puede ser el tener en custodia a cualquier persona sospechosa de poner en riesgo la seguridad nacional, colocando a los detenidos dentro de un estatus indeterminado⁽²⁹⁾, sino

también, respecto a las continuas manifestaciones violentas de la naturaleza, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas o fenómenos relacionados con los cambios climáticos, como sequías, inundaciones y, por último, epidemias, como la proyectada pandemia de la gripe aviar, entre otras.

Todo esto nos hace ver también que lo que parece excepcional hoy por hoy se percibe más bien en términos de normalidad y por eso mismo urge plantear una propuesta seria sobre la dinámica de la excepción, aceptando entonces que no podemos excluirlo de la realidad jurídica y por ende del plano de la racionalidad, y también evidentemente que las reglas no están hechas para todas las situaciones y que finalmente un Estado de Excepción podría ser visto como una situación de vacío o de laguna que no puede ser llenado por la analogía, sino por una nueva norma (decisión) que sea capaz de hacer frente a dicho estado y evitar así la pérdida de vidas y el retorno a la anomia⁽³⁰⁾.

Pero en este escenario, ¿cómo quedan los otros componentes de la realidad jurídica, como serían, por ejemplo, los principios o los valores? Obviamente, la situación de emergencia es anormal y en este sentido se vería que las cosas tienden a concentrarse y lo primero que se verá afectado es el pluralismo. Así, podemos decir que mientras rige un orden “normal” es razonable observar la coexistencia de una serie de valores y principios, aun cuando haya cierta tensión natural entre ellas, pero cuando nos encontramos es una situación de excepción lo que vamos a hallar es más bien la ausencia del pluralismo que se encuentra dentro de los márgenes del Estado Constitucional del Derecho y queda más la idea que aquí lo que impera exclusivamente es la protección de la vida de la colectividad.

Probablemente, el mayor problema que esta realidad genera para los teóricos del Estado de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho,

(24) SCHMITT, Carl. *Op. cit.*; p. 24.

(25) Por eso precisamente Schmitt abre su texto “Teología Política” con la conocida frase “soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción”. *Ibid.*; p. 15.

(26) AGAMBEN, Giorgio. *State of Exception*. Chicago: Chicago University Press, 2005. p. 1.

(27) *Ibid.*; p. 23.

(28) Como propuso el sistema constitucional francés, por ejemplo, desde la revolución francesa al tratar de normar los estados de sitio, que dicho sea de paso se expandieron en buena parte de Europa durante la primera y la segunda guerra mundial.

(29) AGAMBEN, Giorgio. *Op. cit.*; p. 3.

(30) Justamente el estado de excepción no es un estado de anomia porque hay un soberano quien, como sostenía Schmitt, es el que tiene que decidir sobre tal estado.

es decir, a los teóricos liberales, es que el Estado de Excepción es siempre una situación de carácter político⁽³¹⁾, por ende, particular y excluyente, y esto es algo que es incompatible con respecto a los fines del Estado de Derecho y Estado Constitucional que afirma, como sabemos, principios y valores universales (Derechos Humanos), aun cuando para la teoría de la excepción se trata simplemente de aceptar sacrificios con el propósito de asegurar la supervivencia colectiva, tomando en cuenta que lo colectivo es limitado y no puede incluir a “todos”. Por eso la necesidad de que la situación de excepción no se prolongue demasiado en el tiempo, ya que esto significaría, como hemos visto, que no podamos incluir a otros valores en la vida colectiva y eso afectaría la vida social, en el sentido de que no solamente se trata de que la comunidad sirva para que los hombres vivan sino para que vivan bien, y este vivir bien es posible solo cuando se da la coexistencia de una diversidad de principios y valores.

En suma, el Estado de Excepción es un estado de necesidad, aunque no es deseable. Empero, no tiene sentido hacer que no exista cuando todos podemos experimentar y sentir sus efectos en distintas circunstancias, y, por lo tanto, es insensato el excluirlo de la dimensión jurídica y más bien sería muy recomendable el que se conociera adecuadamente su funcionamiento y su lógica, tratando también de hacer que la situación de emergencia se convierta en un “Estado de Excepción” y que, desde el momento en que empleamos el término Estado con mayúsculas estemos ya incluyendo los conceptos de orden y razonabilidad en medio del caos y el nerviosismo propio de esta realidad.

3. ¿Qué queda de la teoría legal?

Hasta este momento, podemos ver que el Derecho hoy por hoy debería ser apreciado a través de tres dinámicas diferentes: Derecho como “teoría legal”, como “teoría de la argumentación” y,

finalmente, como “teoría de la excepción”, y que junto con las conocidas “reglas” tendríamos que incorporar y estudiar a las “directrices”, a los “principios”, a los “valores” y, por último, a las “decisiones”, es decir, de un elemento u objeto central como la regla o norma hemos pasado a cinco componentes, lo cual solamente reafirma el carácter extremadamente complejo que encontramos ahora en el Derecho y que lo hace coincidir con disciplinas como la moral y la teología (si hablamos de principios y valores) o con la política y la economía (si pensamos en las directrices y en las decisiones).

Asimismo, partiendo de la naturaleza del problema que se tenga podemos hablar de casos “fáciles” y “difíciles”, y esto también serviría para plantear una clasificación de los enfoques en los siguientes términos:

1. Caso fácil, estado de normalidad: teoría legal
2. Caso difícil, estado de normalidad: teoría de la argumentación
3. Caso trágico, estado de emergencia: teoría de la excepción

Dicho esquema que proponemos nos permite entonces tener una lectura más cabal y cercana a la realidad del Derecho y todos aquellos que están interesados en conocerlo deben tomar nota de esta situación.

A partir de esta descripción podemos entrar en una serie de especulaciones y también proponer un conjunto de interrogantes respecto a cómo es que opera en la práctica este escenario de lo jurídico, debiéndole dar las gracias a la Filosofía el poder haber llegado a esta lectura que no podría ser lograda si es que siguiéramos viendo al Derecho exclusivamente con los ojos sesgados de la ciencia⁽³²⁾.

Por ejemplo, si empezamos a problematizar alrededor de este cuadro alguien podría sugerir que en el Derecho realmente no existen casos fáciles y entonces la teoría legal prácticamente quedaría absorbida por la teoría de la argumentación. En tal

(31) Por cierto, el propio Schmitt definía acertadamente el sentido de lo político en los términos de la distinción amigo-enemigo, por lo tanto la política nunca puede satisfacer los intereses y necesidades de “todos” sino de una parte solamente (los amigos) y aquí es donde colisiona con las tesis del Estado de Derecho y el Estado Constitucional de Derecho que tienen una vocación de universalidad. Para revisar el concepto de lo político, véase: SCHMITT, Carl. *El Concepto de lo Político*. Madrid: Alianza Universidad, 1991.

(32) Por lo que en sentido estricto ya no deberíamos hablar de ciencia jurídica sino de Filosofía del Derecho.

circunstancia nos preguntamos, ¿cómo un magistrado podría resolver un caso si es que no ha sido formado en teoría de la argumentación y pretende regirse exclusivamente bajo los postulados de la teoría legal? O, por otro lado, si reconocemos que en una guerra se dan una serie de casos trágicos, ¿cómo juzgar bajo los postulados de la argumentación jurídica o de la teoría legal? Igualmente, como comentábamos, la creciente cadena de catástrofes y conflictos nos hacen ver que el decisionismo debería ser un actor protagónico en la actual coyuntura a pesar de que las tendencias académicas sigan enfatizando con respecto a la teoría legal y a la teoría de la argumentación, dificultando de esta manera el surgimiento de personalidades y liderazgos necesarios para la solución de los conflictos y la toma de decisiones⁽³³⁾.

En realidad, hay un sinfín de situaciones que pueden acontecer alrededor de este esquema y, en este sentido, la primera enseñanza que podemos extraer para nosotros es que la reducción de lo jurídico a lo legal o positivo es un error gigantesco que no debería admitirse más⁽³⁴⁾. Hay que destacar entonces el carácter argumentativo del Derecho que exige evidentemente un gran conocimiento (que supera al que se encuentran en los textos legales)

necesario para desarrollar un argumento. Por lo tanto, el estudio del Derecho tiene que trascender la dimensión textual. Así que la existencia de la teoría argumentativa exigiría un replanteamiento de la currícula de cualquier Facultad de Derecho, pero también hay que admitir que se requería contar con escenarios idóneos para un proceso discursivo, un *auditórium* imparcial, lo cual implica en el fondo contar con las instituciones adecuadas. ¿Hasta qué punto nuestro contexto de enorme fragilidad institucional brindaría el espacio necesario para su desarrollo? Aquí obviamente habría mucho por hacer aún.

Finalmente, si la pregunta lanzada como título a este pequeño texto ha sido “¿Ha muerto la teoría legal?”, deberíamos decir que hay dos posibles respuestas a tal interrogante. Si se trata de reconocer la complejidad del Derecho debemos entonces afirmar que la teoría legal está tan viva como la teoría de la argumentación y la teoría de la excepción, pero si se trata de situarnos en la coyuntura actual en donde hay un sinfín de casos difíciles y trágicos, entonces parecería ser que su presencia es cada vez menos trascendente e innecesaria por lo que podría ser un simple convidado de piedra y, en tal situación, estaría más en el reino de los muertos que en el de los vivos. 卍

(33) Si pensamos en el caso peruano y la presencia masiva de abogados formados en teoría legal y que están encargados de importantes funciones de gobierno comprenderemos porque es que carecemos de “políticos” en el sentido real de la palabra.

(34) Recién esto se está asumiendo en distintas facultades de Derecho del país y esperemos que con el paso del tiempo nuestros abogados sean cada vez menos positivistas y más deliberativos. Igualmente, aguardamos que en breve nuestra Facultad (Pontificia Universidad Católica del Perú) pueda incorporar cursos de argumentación jurídica en el pregrado de Derecho como ya se viene haciendo en una serie de postgrados.