

## CAPÍTULO 28

### LA IDENTIFICACIÓN DEL DERECHO

Josep VILAJOSANA \*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La tesis social.* III. *Condiciones de existencia de los sistemas jurídicos.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

#### I. INTRODUCCIÓN

El 7 de julio de 1981 se aprobó en España la llamada ley del divorcio. La aprobación de esta ley era el resultado de ciertas acciones llevadas a cabo por diputados y senadores que conformaban el Parlamento español de aquel entonces: debates, aportación de enmiendas y votaciones con determinadas mayorías sobre el texto final. A pesar de este hecho ampliamente reconocido, algún cultivador de la dogmática civilista mantuvo que, aunque efectivamente se habían producido tales acciones, no se había introducido el divorcio en España, sencillamente porque el matrimonio es indisoluble por naturaleza. Los estudiantes de derecho, ávidos de información sobre este cambio legislativo, tuvieron que adquirir otros textos que lo recogieran y analizaran.

Imaginemos que, por esas mismas fechas, un señor acude a un abogado pidiéndole asesoramiento. Le explica que ha leído en los periódicos y ha oído en la televisión que ha entrado en vigor la citada ley y que él desearía saber cuáles son los pasos jurídicos que debe seguir para divorciarse de su esposa. El abogado le responde: “No haga caso de lo que dicen los medios de comunicación. Aunque es cierto que se ha aprobado esa ley, en realidad usted no puede divorciarse ya que el matrimonio es indisoluble por naturaleza”. Es probable que, frente a esta respuesta, el potencial cliente decida cambiar de abogado.

¿Qué es lo que suena extraño en las posiciones mantenidas por el dogmático y el abogado del ejemplo? Seguramente, lo que nos causa extra-

\* Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad Pompeu Fabra, España.

*Encyclopédia de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, pp. 1067-1103.

ñezas es que no tomen en cuenta las acciones de los parlamentarios y no las consideren idóneas para producir modificaciones legislativas. En definitiva, esos planteamientos van en contra de la intuición de que el derecho de una sociedad es cambiante y que ese cambio se puede realizar voluntariamente mediante acciones de algunos miembros de esa sociedad. Aunque el dogmático y el abogado tengan razones para creer que el divorcio es inmoral, cometan un error al *identificar* el derecho de su sociedad, porque no han tenido en cuenta *hechos* relevantes. Por ese motivo, transmiten una información errónea y por eso mismo nos parece razonable que los estudiantes busquen otros libros y que el cliente cambie de abogado.

La intuición anterior se puede generalizar diciendo que es una idea ampliamente compartida la de pensar que el derecho es un fenómeno social. Otra forma de expresarlo es sostener que su existencia depende de hechos sociales. Si esto es así, identificar el derecho de una sociedad requerirá, como mínimo, establecer cuáles son esos hechos y cuál es su relación con las normas jurídicas.

## II. LA TESIS SOCIAL

Sin embargo, en la literatura sobre la relación entre hechos sociales y derecho se puede apreciar una gran variedad terminológica y de contenido. Aunque tal vez pueda hallarse un punto de uniformidad entre tanta variedad. Este mínimo punto en común quedaría reflejado en la que podemos llamar Tesis social, que se enunciaría de la forma siguiente:

TS: La *existencia* del derecho depende de la *existencia* de determinados hechos sociales.

El problema que abordaré en este trabajo es el de intentar desarrollar un análisis convincente de los hechos relevantes para la existencia del derecho. Pero antes de hacerlo es preciso decir muy brevemente algo acerca de la relación de dependencia que se predica en *TS*.

Al respecto, se pueden adoptar dos posiciones. Una, que podemos llamar *reduccionista*, sostendría que las normas jurídicas *son* hechos sociales y el derecho, por tanto, consiste en un conjunto de hechos sociales.<sup>1</sup> Esta es una posición poco verosímil. Piénsese, por ejemplo, lo raro que parecería decir que se ha derogado un hecho, mientras que es perfectamente comprensible

<sup>1</sup> Cfr. Olivecrona, Karl, *Law as a Fact*. Oxford University Press, London, 1939.

hablar de la derogación de normas jurídicas. De ahí que la posición mayoritaria, que llamaríamos *no reduccionista*, consista en entender que de alguna forma las normas jurídicas, y con ellas el sistema jurídico de una determinada comunidad, *supervienen* a determinados hechos sociales sin identificarse con ellos.<sup>2</sup>

En este sentido, el derecho de una determinada sociedad está constituido por normas, que no son hechos, sino enunciados (o significados de enunciados), cuya existencia se predica a partir de la ocurrencia de determinados hechos, como sería la formulación de determinadas expresiones en determinados contextos (por ejemplo, las que emiten los parlamentarios en ejercicio de sus cargos en un determinado país). No voy a profundizar mucho más sobre cómo haya que entender la idea de supervenencia, ni sobre qué tipo de entidades son las normas. Baste decir por ahora que esta segunda posición será la presupuesta aquí.<sup>3</sup>

Sin embargo, a los efectos de clarificar la relación de dependencia entre hechos sociales y derecho que se postula en la Tesis social no basta con acordar que el derecho superviene a, o es el producto de, determinados hechos sociales. Se requiere, además, profundizar en el análisis de esta relación.

Pueden sostenerse dos posiciones al respecto, según se entienda que la existencia de determinados hechos sociales es sólo una condición necesaria o bien que se trata de una condición necesaria y suficiente de la supervenencia del derecho.

Si se mantiene que la existencia de hechos sociales es *condición necesaria*, pero no suficiente, de la supervenencia del derecho, lo que se afirma es que sin determinados comportamientos y actitudes de los seres humanos de una determinada sociedad no existiría el derecho de esa sociedad, pero que tales conductas y actitudes no son lo único que se requiere para dar lugar a los sistemas jurídicos. Se puede exigir, por ejemplo, que el *contenido* de las normas dictadas a partir de un determinado procedimiento no contradiga lo dispuesto en un derecho ideal o racional. Si *TS* se interpreta de esta forma, podría ser una tesis ampliamente aceptada por la mayor parte de los autores, positivistas y anti positivistas, ya que éstos últimos no niegan que deban darse algunos hechos sociales para identificar el derecho de una determinada sociedad (¿cómo si no podríamos distinguir el derecho de la

<sup>2</sup> Véase, por todos, Coleman, Jules, *The Practice of Principle. In defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001.

<sup>3</sup> Para un estudio más detallado de estas cuestiones remito a Vilajosana, Josep M., *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2010, caps. I y II.

sociedad *A* del derecho de la sociedad *B*?). Lo que no aceptan estos autores es que eso sea lo *único* que se requiera para desarrollar tal identificación. Piénsese, por poner sólo dos ejemplos significativos de autores no positivistas, en la “ley humana” de la que habla Tomás de Aquino,<sup>4</sup> o el derecho en su “etapa pre-interpretativa”, en palabras de DWORKIN.<sup>5</sup> El identificar la ley humana o el derecho en su etapa pre-interpretativa sólo se puede hacer remitiendo a conductas sociales. Como esto es un paso previo a la identificación del derecho para ambos autores, entonces la identificación de los hechos sociales relevantes es una condición necesaria, aunque no suficiente, para identificar el derecho de una determinada sociedad. Esta dependencia la vio claramente Alf Ross cuando, refiriéndose a los autores IUSNATURALISTAS, dijo: “El iusnaturalista se ocupa de la cuestión de si un cierto orden fáctico obliga a las personas también moralmente... Pero antes de que pueda responderse a esta pregunta es menester saber si existe un cierto orden fáctico, y cuál es su contenido”.<sup>6</sup>

Si se mantiene que la existencia de hechos sociales es *condición necesaria y suficiente* de la superveniente del derecho, lo que se afirma es que sin determinados comportamientos y actitudes de los seres humanos de una determinada sociedad no existiría el derecho de esa sociedad y que tales conductas y actitudes son lo único que se requiere para dar lugar a los sistemas jurídicos. Esta es seguramente la posición que identifica más claramente al POSITIVISMO JURÍDICO y en la que no pueden estar de acuerdo ni los autores iusnaturalistas ni Dworkin.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Aquino, Tomás de, *Suma de teología*, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1997 [1265-72], I-II, 90 y 95 a), 1.

<sup>5</sup> Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge-Mass, 1986, pp. 65-66.

<sup>6</sup> Ross, Alf, *Sobre el derecho y la justicia* (Genaro Carrión, trad.), EUDEBA, Buenos Aires, 1963 [1968].

<sup>7</sup> Prescindo de la división entre POSITIVISMO “inclusivo” y “excluyente”. Para dar cuenta de este debate, se requiere una posterior distinción entre las condiciones de existencia de los criterios de pertenencia de las normas a un determinado sistema jurídico y el contenido de esos criterios. Para el positivismo excluyente ambas cuestiones remiten necesariamente a hechos sociales; para el positivismo inclusivo, los hechos sociales sólo tienen que aparecer necesariamente como condiciones de existencia de los criterios, pero no como contenido de los mismos. Prescindo también del problema ulterior que plantea la interpretación de las disposiciones identificadas mediante el uso compartido de criterios de pertenencia. Un tratamiento exhaustivo de los problemas implicados en la identificación del derecho requeriría abordar ambas cuestiones, pero éstas tienen ya su acomodo en otras partes de la presente Enciclopedia (véase, POSITIVISMO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO. Para ver mi posición al

## 1. *Un modelo simple: unos mandan y otros obedecen*

### A. *Soberano y hábito de obediencia*

Si por un momento reflexionamos acerca de cuáles pueden ser los hechos que hay que tener en cuenta para considerar al derecho como fenómeno social es probable que nos parezca fuera de toda duda lo siguiente: en una sociedad determinada decimos que hay derecho (existe un determinado sistema jurídico) cuando alguien dicta normas que los demás normalmente obedecen. Esta nueva intuición que todos tenemos es la que constituye la base de la respuesta teórica que desarrolló, por ejemplo, Austin en el siglo XIX.<sup>8</sup>

Para este autor, el derecho es un fenómeno propio de sociedades de gran tamaño y que poseen un soberano. El soberano es una persona o grupo de personas que tiene el poder último en una sociedad. Alguien ostenta el poder último de la sociedad si y sólo si es mayoritariamente obedecido de manera habitual por el resto de los miembros de la sociedad y, a su vez, no presta una obediencia semejante a nadie. La existencia de un soberano es el primer hecho al que hay que prestar atención para saber si se ha constituido un sistema jurídico en una determinada sociedad.

Una vez constatada la presencia de este poder soberano, podemos identificar las normas jurídicas de una sociedad. Éstas serían un subconjunto de mandatos del soberano, el formado por las órdenes generales dirigidas a clases de acciones e individuos y cuyo cumplimiento es reforzado a través de la amenaza de sanciones. Nótese que de este modo se establecería la existencia del derecho de una sociedad a través de hechos tales como los actos de ordenar y obedecer. En efecto, tales actos pueden ser identificados sin recurrir a la bondad o maldad de lo ordenado. Al mismo tiempo, el soberano puede ser identificado con independencia de si ocupa esa posición legítimamente o no. Esta teoría, que suele recibir el nombre de imperativa, puede ser caracterizada por dos rasgos: su monismo y su carácter reductivo.

Que se trate de una teoría *monista* significa que todas las normas jurídicas obedecen a un único modelo: serían normas del soberano que imponen obligaciones a sus súbditos, bajo la amenaza de sanción para el caso de incumplimiento. Esto no quiere decir que para quien sostenga esta posi-

---

respecto, remito a Vilajosana, Josep M. *Identificación y justificación del derecho*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2007, caps. II y III, respectivamente).

<sup>8</sup> Austin, John, *El objeto de la jurisprudencia* (Juan Ramón de Páramo, trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ción, el soberano no tenga ningún tipo de límites. Puede tenerlos, pero éstos son externos al derecho. Por ejemplo, uno de estos límites externos puede ser la opinión pública. Es posible que el soberano a la hora de dictar normas no vaya más allá de lo que la opinión pública pueda tolerar, pero esto no sería más que un signo de prudencia, no un acto de obediencia. Además, que la teoría sea monista no supone desconocer que existan en los sistemas jurídicos disposiciones que no obedezcan a la forma de los imperativos, por ejemplo, permisos, definiciones, etc. Pero estas disposiciones no son vistas como verdaderas normas, sino a lo sumo como el material no jurídico que requiere todo sistema jurídico para funcionar.

La teoría imperativa es también *reduccionista*. Esto es así, porque sostiene que el lenguaje normativo usado a la hora de describir y usar el derecho (cuando hablamos de autoridades, derechos, obligaciones, etc.) puede ser analizado, sin perder comprensión del fenómeno jurídico, en términos no normativos, a través de enunciados acerca del poder y la obediencia. Por ejemplo, decir que un sujeto tiene autoridad, sería equivalente a sostener que recibe obediencia habitual. De esta manera, se habría reducido el lenguaje normativo a lenguaje no normativo. Una de las consecuencias de sostener esta aproximación al estudio del derecho es que el saber jurídico no se basaría en un método específico de conocimiento al margen del de las ciencias que se ocupan de “objetos” no normativos.

### B. *Algunas objeciones*

A pesar de su atractivo intuitivo, este modelo plantea problemas. Una visión monista del derecho presenta algún inconveniente. No parece que se gane demasiado con intentar acomodar todas las disposiciones relevantes en el ámbito jurídico a una única fórmula: órdenes con la amenaza de sanción. En concreto, existirían reglas muy importantes de todo sistema jurídico, cuyas funciones quedarían sin explicar o muy oscurecidas si tuvieran que ser reconstruidas como órdenes. Entre ellas se hallarían las que posibilitan los cambios normativos, las que facultan a ciertas autoridades a resolver los casos aplicando el derecho y las que recogerían los criterios de identificación de las normas que forman parte del sistema. Estas funciones de cambio, adjudicación y reconocimiento, que dan lugar a otras tantas clases de reglas a las que Hart ha denominado reglas secundarias, son una parte imprescindible de los sistemas jurídicos desarrollados, que no admiten ser

explicadas con el esquema simple de la teoría imperativa.<sup>9</sup> En concreto, veremos que la regla de reconocimiento juega un papel decisivo a la hora de determinar la existencia de un sistema jurídico, precisamente porque contiene los criterios usados para su identificación.

El carácter reduccionista de la teoría que comentamos también distorsiona la comprensión del derecho como fenómeno social. La razón es que el derecho parece ser irredimiblemente normativo. Esta circunstancia ha sido destacada tanto por Kelsen como por Hart. Kelsen viene a decirnos que la manera propia de existir del derecho es normativa.<sup>10</sup> Por eso, sería un error equipararla exactamente a un tipo de existencia empírica, como parece sugerir Austin. Hart, a su vez, también suscribe esta crítica a Austin, si bien lo hace diciendo que explicar la existencia de las normas jurídicas en términos de hábitos de obediencia es confundir los hábitos con las reglas. Para entender lo que quiere decir Hart podemos proponer un ejemplo muy sencillo.

En nuestra sociedad solemos tomar café después del almuerzo y acostumbramos comer con cubiertos. ¿En qué se parecen y en qué se diferencian ambas acciones? La semejanza es que en ambos casos se trata de comportamientos regulares, recurrentes. Cada vez que hay un almuerzo, la mayor parte de las personas en nuestra sociedad usan cubiertos para comer y toman café. Ahora bien, qué ocurre cuando alguien no realiza alguna de estas acciones. Aquí apreciamos la diferencia entre ellas. En el caso de que alguien no tome café, no consideramos su actitud reprochable; en cambio, si alguien no come con cubiertos estaremos dispuestos a criticarle. Esta distinta reacción pone de relieve que el tomar café después del almuerzo es un simple hábito, pero el comer con cubiertos es una regla. Ello es así, porque para que exista un hábito únicamente se requiere un comportamiento recurrente. En cambio, cuando se habla de reglas, además de la regularidad del comportamiento, se exige una actitud crítico-reflexiva, que se manifiesta en la conciencia de que esa conducta que se sigue es de obligado cumplimiento y en las críticas a quienes no la realizan. Este ejemplo muestra que el aspecto normativo de ciertas prácticas no puede ser reducido a términos empíricos sin perder su sentido propio, ya que las reglas no son simples hábitos de conducta.

<sup>9</sup> Hart, Herbert, L. A., *El concepto de derecho* (Genaro Carrión, trad.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 [1961], cap. V.

<sup>10</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (Roberto Vernengo, trad.), México, UNAM, 1979 [1960].

## *2. Hacia un modelo más sofisticado*

El modelo imperativo, pues, es excesivamente simple, aunque muy intuitivo. No hay duda de que cuando el derecho existe en una sociedad, hay quien manda y quien obedece. Pero la realidad social que presupone la existencia del derecho es más compleja que la bosquejada por ese modelo. Para comprender un modelo más sofisticado, sin embargo, es preciso decir algo acerca de los hechos sociales y la creación de la realidad social.

### *A. Hechos naturales y hechos sociales*

Un hecho es lo que hace verdadera a una proposición. Si decimos “En estos momentos está lloviendo en Barcelona”, el hecho que hará verdadera la proposición que expresamos a través de este enunciado será que efectivamente esté cayendo la lluvia en la ciudad Condal. Cuando se habla de la existencia de sistemas jurídicos o del derecho, ¿qué hechos harán verdadera la afirmación de que en una determinada sociedad se ha constituido un sistema jurídico?

TS descarta que la existencia del derecho sea equiparable a la de un fenómeno natural, como sería la caída de la lluvia. La lluvia existe con independencia de las creencias y las actitudes de las personas. Que llueve en Barcelona es una verdad independiente de lo que los seres humanos piensen acerca de ello. Sin embargo, la existencia de una *cola* para sacar la entrada para un concierto no es un fenómeno natural. Para ver una fila de personas como una cola, hace falta un conjunto de creencias y actitudes que soportan dicho fenómeno institucional: la aceptación de ciertas normas constitutivas, definitorias de la cola, y la aceptación de ciertas normas prescriptivas que atribuyen derechos y deberes a la posición que uno tiene en la cola. Por ejemplo, que uno tiene el deber de aguardar a que obtengan la entrada los que le preceden y el derecho de obtenerla antes que los que le siguen. La existencia de las colas es *dependiente de la práctica*. Existe, en el sentido de John Searle, como un hecho institucional.<sup>11</sup> Pues bien, aunque de una forma mucho más compleja, los ordenamientos jurídicos tienen una existencia también institucional, son semejantes a las colas y no a la lluvia. Es por esta razón que nos parece una obviedad la tesis social: la existencia del derecho en una sociedad depende de un conjunto de hechos sociales.

<sup>11</sup> Searle, John, *La construcción de la realidad social* (Antoni Domènech, trad.), Barcelona, Paidós, 1997 [1995].

Así, pues, los hechos pueden dividirse en naturales y sociales. Los primeros son aquellos cuya existencia es independiente de cualquier estado intencional (creencias, deseos, actitudes), mientras que los segundos existen sólo si se dan ciertos estados intencionales. Dentro de los hechos sociales, ahora interesa destacar los que llamaré “hechos convencionales”.

### B. *Hechos convencionales*

Las condiciones de existencia de un hecho convencional, en relación con un determinado grupo social, son las siguientes:<sup>12</sup>

1. La mayoría de los miembros de un determinado grupo realiza una determinada conducta cuando se dan determinadas circunstancias.
2. La mayoría de los miembros del grupo cree que 1.
3. La creencia de que se da 1 constituye una razón para realizar esa conducta en esas circunstancias.
4. Hay un conocimiento mutuo entre la mayoría de los miembros del grupo de lo que se dice en las anteriores cláusulas. Es decir, las conocen, conocen que los demás las conocen, conocen que los demás conocen que ellos las conocen, etc.

El ejemplo dado anteriormente puede servir de nuevo. Que exista la convención de comer con cubiertos en nuestra sociedad se reconstruiría así:

1. La mayoría de los miembros de *S* usa los cubiertos a la hora de comer.
2. La mayoría de los miembros de *S* cree que la mayoría de los miembros de *S* usa los cubiertos a la hora de comer.
3. La creencia de que la mayoría de los miembros de *S* usa los cubiertos a la hora de comer constituye una razón para usar los cubiertos a la hora de comer.
4. Hay un conocimiento mutuo entre la mayoría de los miembros del grupo de lo que se dice en las anteriores cláusulas. Es decir, las conocen, conocen que los demás las conocen, conocen que los demás conocen que ellos las conocen, etc.

Es importante resaltar la tercera condición, ya que ilustra en qué consiste actuar por una razón convencional. Allí donde existe la convención de realizar una determinada conducta, hay una buena razón para seguirla: que los demás lo hacen. Actuar por *convención*, entonces, se opone a actuar por *convicción*, que sería lo propio de las razones morales: actuamos por convicción cuando realizaríamos la conducta a pesar de que los demás no lo hicieran.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Cf. Lewis, David, *Convention. A philosophical Study*, Oxford, Basil Blackwell, 1969, p. 42, 56 y 78; Narváez, Maribel, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Madrid/Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 312.

<sup>13</sup> Narváez, Maribel, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, op. cit., p. 280.

### C. *La creación de realidad social*

Los hechos sociales, sean convencionales o no, conforman la realidad social. Puesto que los hechos sociales se constituyen a través de estados intencionales (creencias y actitudes), se puede afirmar que la realidad social depende de estados intencionales. Ahora bien, esta afirmación puede resultar extraña a primera vista. ¿Cómo puede ser que la realidad esté constituida por estados intencionales? Si esto es así, ¿no se convierte tal realidad en *subjetiva* (ya que dependerá de las creencias que cada uno tenga) y, por tanto, en radicalmente inaprensible?

Contestando a la primera pregunta, hay que decir que una de las formas más comunes en la que los estados intencionales contribuyen a la creación de hechos sociales es a través de las llamadas reglas constitutivas, que obedecen a la fórmula acuñada por Searle: “*X* cuenta como *Y* en el contexto *C*”. En qué medida esto es así respecto al derecho y qué relación se da entre los hechos convencionales y las reglas constitutivas, es algo sobre lo que volveré más adelante.

Respecto a la segunda pregunta, conviene distinguir cuidadosamente dos sentidos de “objetivo” y “subjetivo”. En sentido *ontológico*, la realidad natural sería objetiva (donde “objetivo” significa “independiente de estados intencionales”), mientras que la realidad social sería subjetiva (o sea, dependiente de estados intencionales). Pero esta distinta conformación de la realidad no impide que *epistemológicamente* ambas puedan ser conocidas de manera objetiva (donde “objetiva” significa “valorativamente neutral”).<sup>14</sup>

## III. CONDICIONES DE EXISTENCIA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

Pertrechados con las distinciones precedentes, podemos formularnos directamente la siguiente pregunta: ¿cuáles son las condiciones de existencia de un SISTEMA JURÍDICO? Según Hart, son dos:<sup>15</sup>

1. Que exista una regla de reconocimiento que permita conocer cuáles son los criterios de pertenencia de las otras reglas del sistema.
2. Que las reglas identificadas a partir de la regla de reconocimiento se cumplan generalmente por el grueso de la población.

<sup>14</sup> Searle, John, *La construcción de la realidad social*, op. cit., p. 27.

<sup>15</sup> Hart, Herbert, L. A., *El concepto de derecho*, op. cit., p. 116.

Ambas condiciones parecen hacer referencia a tipos de hechos sociales distintos y pueden plantear problemáticas sólo parcialmente coincidentes. Mientras que en la primera condición los problemas girarían en torno a las condiciones de existencia de la regla de reconocimiento y parece que exigen, como veremos, la presencia de hechos convencionales, en la segunda condición se alude a la llamada “eficacia” de las normas, y tal vez ésta pueda ser explicada a través de hechos sociales no convencionales. A continuación analizaré por separado cada una de estas condiciones.

### *1. La primera condición: la existencia de una regla de reconocimiento*

En lo que sigue voy a entender la primera condición de existencia de los sistemas jurídicos como una tesis convencionalista, que he defendido en otros lugares,<sup>16</sup> y cuya formulación sería la siguiente:

TC: En todo sistema jurídico existe una convención con una dimensión constitutiva, a partir de la cual se puede establecer una regla técnica, cuya función es la de identificar el derecho de una determinada comunidad.

Vayamos por pasos y analicemos el sentido y algunas implicaciones de los elementos que aparecen en esta formulación.

#### *A. La regla de reconocimiento como convención*

Algunas de las afirmaciones que realiza Hart respecto a la regla de reconocimiento son que ésta es una regla social y que existe como una cuestión de hecho. Creo que esto puede interpretarse diciendo que la existencia de la regla de reconocimiento como regla social es un hecho convencional.<sup>17</sup>

Si esto es así, la verdad de la proposición expresada por el enunciado “En la sociedad *S* existe la regla de reconocimiento *R*” dependerá de la existencia de hechos convencionales. ¿Cuáles son esos hechos convencionales?

Hart entiende que la regla de reconocimiento existe como una práctica normalmente coincidente de los funcionarios y las personas privadas a la hora de identificar el derecho de una determinada sociedad, cuyo contenido se manifiesta por el uso que esas personas realizan de determinados criterios de identificación.<sup>18</sup> Ahora bien, el uso de criterios compartidos de identifica-

<sup>16</sup> Valga, por todos, Vilajosana, Josep M., “Una defensa del convencionalismo jurídico”. en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, núm. 33, 2010, pp. 471-509.

<sup>17</sup> Hart, Herbert L. A. “Postscript” en *The Concept of Law*, 2a. ed., Bulloch, Penelope A. Y Raz, Joseph (eds.), Oxford, Oxford University Press, 1994, p. 256.

<sup>18</sup> Hart, Herbert, L. A., *El concepto de derecho*, op. cit., p. 107.

ción debe ir acompañado por una determinada actitud, que Hart denomina “punto de vista interno”. Las autoridades de una determinada sociedad, y entre ellas especialmente los jueces, se comportan de una manera que es consistente con el hecho de seguir la regla que permite identificar el derecho válido de esa sociedad. Ello se refleja en un conjunto de compromisos normativos que aprueban la conducta convergente como justificada y que condenan las desviaciones. Esta es la actitud crítico-reflexiva que Hart denomina punto de vista interno. El punto de vista interno puede ser traducido en términos de hechos convencionales, de tal modo que, partiendo de lo que dije al definir “hecho convencional”, el enunciado “En la sociedad *S* existe la regla de reconocimiento *R*” se desarrollaría así:

1. La mayoría de los juristas de la sociedad *S* usa los criterios *C1, C2...Cn* (que forman la Regla de Reconocimiento de *S*) cada vez que tiene que identificar el derecho de *S*.
2. La mayoría de los juristas de *S* cree que 1.
3. La creencia de que se da 1 constituye una razón para usar esos criterios en esas circunstancias.
4. Hay un conocimiento mutuo entre la mayoría de los juristas de lo que se dice en las anteriores cláusulas.

Respecto a la primera condición, puede haber discusión sobre si el grupo relevante es el de los juristas en general o únicamente el de los jueces. El texto de Hart da pie a interpretaciones diversas. En algunas ocasiones Hart se refiere a acciones de identificación de autoridades y de sujetos privados, mientras que en otras enfatiza el papel desempeñado por los tribunales, casi en exclusiva. Parece, de todos modos, que puede afirmarse que los sujetos relevantes en estos casos serían todos aquellos que profesionalmente necesitan identificar el derecho de una determinada sociedad (por tanto, no sólo jueces y demás autoridades, sino también abogados). Es difícilmente concebible el funcionamiento de una sociedad en la que hubiera una discrepancia generalizada entre el sector oficial y el “privado” a la hora de usar criterios de identificación del derecho.

La segunda cláusula se refiere simplemente al hecho de que la conducta reiterada a la que se alude en la primera es conocida por la mayoría de los juristas (con lo que se excluiría, por ejemplo, que se diera una concordancia en la identificación por pura coincidencia).

La tercera condición alude a la presencia necesaria de una razón convencional, que es la de actuar, como mínimo, porque los demás actúan de la misma manera. Su alcance quedará claro, espero, a lo largo de estas páginas.

En cuanto a la última condición, pone de relieve la importancia que tienen en este punto la generación de expectativas recíprocas entre los participantes en la práctica de identificación, puesto que estamos frente a una acción colectiva. Se trata de una forma de poner en relación estados mentales, a través del contenido de las creencias de cada individuo, sin necesidad de presuponer algo así como una especie de conciencia o mente colectiva.

Pero ¿por qué es ventajoso este enfoque? Es decir, al margen de lo que haya dicho Hart, ¿por qué deberíamos adoptar una versión convencionalista de la primera condición de existencia de los sistemas jurídicos? La respuesta a esta cuestión tiene que ver más con el alcance combinado de las anteriores condiciones. Existen, al menos, dos razones para ello. En primer lugar, es un planteamiento necesario para evitar un regreso al infinito, y en segundo lugar es la forma más adecuada de romper con un posible círculo vicioso. El primer problema ya fue abordado por Hart de forma consciente, pero no así el segundo.

Es común entender que en los sistemas jurídicos unas normas autorizan la creación de otras y así sucesivamente. Este proceso debe, sin embargo, tener un final, so pena de caer en un regreso al infinito. Las propuestas de poner punto final a esta cadena normativa van desde el soberano de Austin, hasta la regla de reconocimiento de Hart, pasando por la *Grundnorm* de Kelsen. La posición de Austin ya la comenté. La solución de Kelsen, según la cual la *Grundnorm* es una norma presupuesta, no es adecuada, por cuanto o bien genera un regreso al infinito de normas presupuestadas, o bien introduce elementos de carácter sociológico, que hacen que la propuesta sea “impura” desde las propias coordenadas del autor. Hart, sin embargo, es el que planteó más claramente la cuestión y dio en este sentido el paso decisivo para su resolución. Como cierre del sistema se requiere una regla que confiera validez al resto de normas, pero de la cual no tenga sentido predicarla. Esta regla es la regla de reconocimiento. Su existencia necesariamente es una cuestión de hecho, ya que no puede ser derivada de otras normas del sistema. Pero, además, no puede ser cualquier hecho sino un hecho convencional, debido a la necesaria coordinación que debe darse a la hora de identificar el derecho de una determinada sociedad: sin una práctica coordinada de identificación, no existiría el derecho como fenómeno social.

El segundo problema es el siguiente. La regla de reconocimiento es una práctica que se da entre, al menos, los jueces y otras autoridades. Por otro lado, todas las demás reglas son dependientes de ella, pero entre esas reglas existen las que Hart denomina reglas de adjudicación, que determinan quién es juez o autoridad del sistema. Si esto es así, para saber quién es juez se requiere una regla de adjudicación, la cual ha necesitado previamente

una regla de reconocimiento, cuya existencia está vinculada a ciertas actividades de los jueces. De este modo, el argumento pasa a ser circular.<sup>19</sup> Hay dos modos de romper el círculo. Uno consiste en suponer que la autoridad jurídica no es dependiente de reglas, de modo parecido a como lo hizo Austin. Esta sería la línea apuntada en alguna ocasión por Nino, cuando sostiene:

Para evitar este círculo vicioso parece que habría que caracterizar a los órganos primarios no como aquellos que están autorizados a declarar prohibidos o permitidos los actos de coacción, sino como los que de hecho pueden (en el sentido fáctico y no normativo de la palabra ‘poder’) determinar el ejercicio del monopolio coactivo estatal en casos particulares.<sup>20</sup>

Esta primera opción, sin embargo, presenta problemas de adaptación respecto a lo que se suele considerar “AUTORIDAD JURÍDICA” y no permitiría distinguir una autoridad jurídica de cualquiera que tenga un simple poder de *facto*.<sup>21</sup> La segunda estrategia es entender la autoridad jurídica en términos de hechos convencionales. Así, un grupo de individuos guía su conducta a través de una cierta regla, es decir, toma la regla como dándole buenas razones para la acción. Si se da esa regla (y las reglas identificadas a través de ella son seguidas por el grueso de la población) un determinado sistema jurídico existe. Si un sistema jurídico existe, entonces esa regla que guía la conducta de nuestro inicial grupo de individuos es correctamente descrita como la regla de reconocimiento de ese sistema jurídico. Por tanto, aquellos individuos que guían su conducta a través de esa regla son propiamente entendidos como “autoridades”. Son, en un sentido, autoridades en virtud de esa regla (o de reglas identificadas a través de esa regla), pero no son autoridades antes que ella (ni en sentido factual, ni lógico). Su conducta hace posible la existencia de la regla; pero es la regla la que los hace autoridades.<sup>22</sup> De este modo, el círculo se rompe con la introducción de actitudes y creencias recíprocas. Si se quiere, éstas sí que son circulares, pero no la teoría.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> Maccormick, Neil, *H.L.A. Hart*. Edward Arnold, London, 1981, p. 109.

<sup>20</sup> Nino, Carlos S. *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, Universidad de Carabobo, Valencia (Venezuela), 1979, p. 60.

<sup>21</sup> Ruiz Manero, Juan, *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 130-32.

<sup>22</sup> Coleman, Jules, *The Practice of Principle. In defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, cit, p. 101.

<sup>23</sup> Lagerspetz, Erik, *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*. Kluwer, Dordrecht, 1995, p. 160.

## B. *La dimensión constitutiva de la regla de reconocimiento*

Una de las críticas que Hart dedica al trabajo de Austin es que éste ofrece una imagen distorsionada del derecho, puesto que la explicación del fenómeno jurídico basada exclusivamente en hábitos de comportamiento deja fuera el elemento normativo propio de aquél. Con la introducción de la regla de reconocimiento como convención se pretende superar estos inconvenientes de la posición austiniana. Ahora bien, el desafío consiste entonces en mostrar de qué modo una práctica social puede “generar” normas sin caer por otro lado en el iusnaturalismo.

Puede arrojar luz sobre esta cuestión un debate sobre el carácter convencionalista del lenguaje. Alguien que profundizó en la idea de que el lenguaje es convencional es el filósofo del lenguaje y lógico David Lewis. Este autor reaccionó a una objeción planteada por Quine. Quine argumenta que el lenguaje no puede estar basado en convenciones, puesto que éstas son acuerdos y está claro que no ha habido acuerdos a la hora de establecer el lenguaje en una determinada sociedad. Según Lewis, este planteamiento está viciado de raíz, por cuanto las convenciones no son acuerdos, sino que se trata de reglas que surgen como soluciones prácticas a problemas de coordinación recurrentes.<sup>24</sup>

Según este autor, un típico problema de coordinación se da cuando varios agentes tienen una estructura particular de preferencias respecto a sus modelos de conducta respectivos. Esto significa que entre las diversas alternativas que se les presenta en un conjunto dado de circunstancias, cada uno tiene una preferencia más fuerte para actuar como lo harán los demás agentes, que su propia preferencia para actuar de una determinada manera. La mayoría de los problemas de coordinación se solventa fácilmente a través de simples acuerdos entre los agentes de actuar según una alternativa elegida arbitrariamente, de tal manera que se asegure la uniformidad de acción entre ellos. Sin embargo, cuando un problema de coordinación es recurrente y el acuerdo es difícil de obtener (por ejemplo, porque el número de agentes es considerablemente alto), es muy probable que surja una convención. Es por ello que puede afirmarse, contrariamente a lo sostenido por Quine, que las convenciones aparecen como soluciones a problemas recurrentes de coordinación. Surgen, pues, no como consecuencia de un acuerdo, sino precisamente como una alternativa al mismo: justo en aquellos casos en que los acuerdos son difíciles o imposibles de obtener.

<sup>24</sup> Cfr. Lewis, David, *Convention. A philosophical Study*, op. cit.

Entre las ventajas que presenta este planteamiento podemos destacar dos.<sup>25</sup> En primer lugar, rescata y precisa la intuición de que las convenciones, en algún sentido, son arbitrarias. Con ello se quiere indicar simplemente que si una regla es una convención, debe haber al menos otra opción que los agentes hubieran podido escoger. Es convencional circular por la derecha de la calzada porque existe la alternativa de circular por la izquierda. Cualquiera de las opciones resuelve el problema de coordinación que supone la circulación viaria, siempre y cuando todos elijan la misma.

En segundo lugar, brinda una respuesta plausible a la pregunta sobre la normatividad propia de las convenciones: las razones para seguir una regla que es una convención están fuertemente unidas al hecho de que otros también la siguen (la condición 3 de la que antes hablé). Carecería de sentido seguir una regla convencional si no es realmente practicada por la comunidad pertinente, ya que no serviría para resolver el problema de coordinación que está en su base. No tendría sentido que yo siguiera la convención de circular por la derecha de la calzada en España si el resto de los conductores no lo hiciera. Ahora bien, cuando el resto de los conductores lo hace, tengo una poderosa razón para hacer lo mismo, aunque tuviera una fuerte preferencia en favor de conducir por la izquierda (por ejemplo, porque viví mucho tiempo en Inglaterra y me había acostumbrado a conducir por ese lado).

A pesar de las ventajas a las que acabo de aludir, ¿puede afirmarse que es transportable sin más el concepto de convención de Lewis pensado para otras situaciones a la regla de reconocimiento, cuya existencia es condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico?

Al respecto, quizás quepa poner en duda que la estructura típica de la regla de reconocimiento responda a la que está pensando Lewis. Por un lado, es demasiado exigente requerir que exista un conjunto de preferencias estructuradas *ex ante* de una determinada manera. Es decir, parece irreal pensar que a la hora de considerar criterios de validez jurídica cada juez tendría su propia preferencia, pero todos tendrían una preferencia dominante de actuar como es previsible que lo hagan los demás.<sup>26</sup> Esta idea, pues, puede ser abandonada, sin que ello suponga rechazar el papel reservado a los hechos convencionales, tal como aquí se han tratado. Por otro lado, el concepto de convención de Lewis quizás resulte poco exigente

<sup>25</sup>Cfr. Marmor, Andrei, “Legal Conventionality” en Coleman, Jules (ed.). *Hart’s Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 200.

<sup>26</sup> Coleman, Jules, *The Practice of Principle. In defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, cit, p. 95.

como modelo de una práctica normativa autónoma como es el derecho. En este punto, resulta útil concentrar nuestra atención en la dimensión constitutiva de las convenciones.

Es útil distinguir dos tipos de reglas: regulativas y constitutivas. Las regulativas son las normas que prohíben, obligan o permiten una determinada conducta. Las reglas constitutivas, en cambio, tienen la virtud de contribuir a la “creación” de la realidad social y obedecen a la fórmula canónica “X cuenta como Y en el contexto C”, tal como vimos anteriormente. El problema de la normatividad de la regla de reconocimiento suele ser abordado desde la perspectiva de considerar tal regla como una regla regulativa. A esta visión dio pie, desde luego, el propio Hart, al considerar que la regla de reconocimiento, a pesar de ser una regla secundaria, impone obligaciones.

Sin embargo, no es descabellado pensar que la regla de reconocimiento es una convención constitutiva.<sup>27</sup> Así, del mismo modo que lo que cuenta como dinero en una sociedad es lo que sus miembros creen que es dinero, según el emblemático ejemplo dado por Searle,<sup>28</sup> lo que cuenta como derecho en una determinada sociedad proviene del uso de determinados criterios de identificación del derecho de esa sociedad por parte de los juristas y de las diversas creencias y expectativas generadas. Es por ello que carece de sentido predicar que en una determinada sociedad existe un error generalizado entre los juristas a la hora de identificar su sistema jurídico. Si no hay una práctica unitaria de identificación, entonces no existe *un* sistema jurídico en ella (podrían darse varios sistemas jurídicos en pugna, lo cual suele ir acompañado de una guerra civil). Si, en cambio, lo que sucede es que los juristas en general usan otros criterios de identificación en relación con los que empleaban en un período anterior, entonces podrá decirse que ha cambiado la regla de reconocimiento de esa sociedad. Ambas circunstancias se explican por la dimensión constitutiva de la regla de reconocimiento.

Si se procede de este modo, queda más claro dónde reside el factor de autonomía del derecho como fenómeno social y su normatividad. Ambas

<sup>27</sup> Véase, en un sentido algo diverso de convención constitutiva del que aquí se defiende, Marmor, Andrei, “On Convention”, *Synthese*, núm. 107, 1996, pp. 349-371. Sobre las diferencias entre la dimensión constitutiva y el esquema de Marmor, puede verse Vilajosana, Josep M., “Hechos sociales y Derecho” en Diciotti, E. y Velluzzi, V. (eds.). *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*. Giappichelli, Torino, 2003, pp. 41-63.

<sup>28</sup> Searle, John, *La construcción de la realidad social*, op. cit., cap. II. Me he servido de esta analogía con la existencia del dinero en otros trabajos. Véase, por todos, Vilajosana, Josep M., “La construcción social de la realidad jurídica”, *Prisma Social. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 4, 2010, pp. 1-45.

circunstancias tienen que ver con el carácter convencional de las prácticas jurídicas de identificación.

Cada juez puede utilizar los criterios de identificación de que se trate por razones muy distintas (morales, estratégicas, etc.), pero la mayoría debe coincidir en utilizar éstos y no otros, porque la mayoría lo hace. Este punto es importante. Claro es que cada regla de reconocimiento refleja las concretas circunstancias y convicciones políticas de la sociedad de la que se trate. En determinadas sociedades, los juristas pueden tomar los precedentes judiciales como generadores de derecho, mientras que en otros lugares puede que ello no ocurra; habrá sociedades en que no se tendrán en cuenta las normas consuetudinarias, mientras que en otras incluso la Constitución se considerará que es una norma de este tipo, etc. Ahora bien, esto no es lo relevante en esta sede. Lo relevante es preguntarse si esas mismas convicciones por sí solas proporcionan las razones suficientes para actuar de acuerdo con la regla, *aun si la regla en cuestión no es seguida por los demás*. La respuesta, si se comprende lo que se ha dicho hasta ahora, debe ser negativa.

Cuando el problema de la normatividad se plantea indagando acerca de si los jueces *deben* seguir o no una determinada regla de reconocimiento, se yerra el tiro. Está claro que esta cuestión sólo puede ser contestada acudiendo a un punto de vista moral o político, y por tanto sólo se puede resolver discutiendo a ese nivel. La existencia de una práctica social, en sí misma, por tanto, no supone una obligación ni moral ni política de comprometerse en dicha práctica.

### C. *La regla técnica para identificar el derecho*

Si aceptamos que la existencia de una determinada regla de reconocimiento es un hecho convencional y como tal tiene una dimensión constitutiva, podemos concluir que con ella se crea una realidad social. Sin esa convención, no existirían criterios compartidos de identificación del derecho de una determinada sociedad (y, por extensión, no existiría el derecho como práctica normativa autónoma). Pero si esto es así, entonces puede decirse que un enunciado del tipo “En la sociedad *S*, utilizar los criterios *C<sub>1</sub>*, *C<sub>2</sub>*... *C<sub>n</sub>*” es condición necesaria para identificar el sistema jurídico de *S*” expresaría una proposición (del tipo que von Wright denomina “proposiciones anankásticas”), cuyas condiciones de verdad serían las mismas condiciones de existencia de la regla de reconocimiento de *S* y que mencioné anteriormente.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Narváez, Maribel, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, op. cit.

Hay que puntualizar que von Wright utiliza la idea de proposición anankástica para referirse a la realidad natural,<sup>30</sup> pero no hay mayor inconveniente en sostener que, si se admite que puede hablarse de una realidad social tal como ha sido aquí tratada, también sobre ella se puede establecer dicho tipo de proposiciones: su verdad vendría dada en estos casos por la presencia de hechos sociales.

De este modo, es posible construir sobre la base de tales proposiciones, las correspondientes reglas técnicas, cuya formulación canónica podría ser: “Si se quiere identificar el sistema jurídico de *S*, utilíicense los criterios *C1, C2...Cn*”. Sólo si la proposición anankástica es verdadera, la regla técnica es útil (es decir, se consigue identificar el derecho de una determinada sociedad). Quien desee identificar el derecho de una determinada sociedad, pues, no tiene más remedio que observar cuáles son los criterios de identificación que los propios miembros de la sociedad utilizan y proceder en consecuencia.

## 2. *Algunas posibles objeciones*

A pesar de lo extendida que se halla la visión convencionalista del derecho, no deja de tener sus críticos. Entre ellos destaca Ronald Dworkin.<sup>31</sup> Una teoría del derecho es para este autor una teoría de cómo los casos deben ser decididos. Por ello, no empieza dando cuenta de la organización política de una sociedad (las instituciones “creadoras” de derecho), sino que su punto de partida es un ideal que regula las condiciones bajo las cuales quienes gobernan pueden usar su coerción sobre los gobernantes. En este sentido, sostiene que la fuerza debe emplearse únicamente de acuerdo con principios previamente justificados. Una sociedad tiene un sistema jurídico sólo si cumple con este ideal. Su derecho estará formado por el conjunto de todas las consideraciones que los jueces de esa sociedad *deberían* aplicar por estar moralmente justificadas, estén tales consideraciones determinadas por fuentes sociales o no. Para identificar el derecho de una sociedad dada, debe-

<sup>30</sup> Von Wright, Georg H. *Norma y acción. Una investigación lógica*. (Pedro García, trad.), Tecnos, Madrid, 1971[1963], pp. 28 y 118.

<sup>31</sup> Para un análisis y respuesta a otras críticas remito a Vilajosana, Josep M., *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, op. cit., cap. VI, sección 6. (vease, además, TEORÍA INTERPRETATIVA DEL DERECHO).

mos comprometernos en un argumento político y moral, que sea consistente con la mejor interpretación de sus *prácticas jurídicas* a la luz de aquel ideal.<sup>32</sup>

La práctica jurídica, en general, y la judicial, en particular, tendrían dos rasgos. En primer lugar, existiría una profunda *controversia* entre juristas y entre jueces acerca de cómo habría que decidir *jurídicamente* determinados casos. Por otro lado, en dicha práctica hallaríamos una *diversidad* de consideraciones que a los jueces les parecen relevantes para decidir los casos que se les presentan. La controversia le lleva a Dworkin a opinar que el derecho no puede residir en un consenso oficial. La diversidad, por su parte, sugeriría que no existe ninguna regla social parecida a la regla de reconocimiento que valide todas las razones, morales y no morales, que son relevantes a la hora de tomar decisiones judiciales. Concretemos algo más estas objeciones de Dworkin e intentemos delimitar su alcance y plausibilidad. Hecho esto, subrayaré una deficiencia de su esquema, que deriva precisamente del hecho de prescindir de la regla de reconocimiento.

#### A. ¿*Los principios existen al margen de las convenciones?*

Como acabo de decir, Dworkin opina que en la práctica judicial podemos hallar diversas consideraciones que a los jueces les parecen relevantes para decidir los casos que se les presentan. Esto sugeriría que no existe ninguna regla de reconocimiento que valide todas las razones, morales y no morales, que son relevantes a la hora de tomar decisiones judiciales.

En concreto, este autor insiste en la presencia en nuestros ordenamientos jurídicos de *principios jurídicos* junto con las reglas jurídicas. Los primeros, a diferencia de las segundas, no pueden ser identificados por su origen sino por su contenido. Puesto que, según su opinión, la regla de reconocimiento únicamente permite identificar estándares normativos por su origen, entonces esa regla social no permitiría identificar principios. En cambio, los principios jurídicos forman parte indubitable de las argumentaciones que los jueces utilizan cotidianamente para justificar sus decisiones. Si esto es así, hay al menos una parte muy relevante del derecho (entendido a la manera dworkiniana) que no puede ser identificada por referencia a una regla de reconocimiento.

Sobre esta crítica de Dworkin a la capacidad de la regla de reconocimiento para dar cuenta de la presencia en las argumentaciones judiciales

<sup>32</sup> Tomo como punto de referencia de estas críticas Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio* (Marta Gustavino, traductora). Ariel, Barcelona, 1984 [1977] y Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, *op. cit.*

de principios, hay que admitir que tiene un aspecto incontrovertible. En efecto, en las constituciones de nuestro entorno hallamos formulaciones de principios que tienen que jugar forzosamente un papel determinante en la resolución de muchos casos judiciales. A raíz de esta constatación, puesta de relieve por Dworkin, algunos autores positivistas como el propio Hart han reaccionado manteniendo que la regla de reconocimiento sí que puede dar cuenta de los principios. Éstos, y a través de ellos la moral, puede ser de obligado cumplimiento por parte de los jueces pero sólo si la regla de reconocimiento los toma como criterios de validez. En este sentido, si un principio de claras connotaciones morales como es el de la prohibición de discriminar por razón de sexo o de raza forma parte del ordenamiento jurídico español es porque viene recogido en la Constitución de 1978 y a ésta se la identifica a partir de hechos sociales. La prueba es que han existido otros ordenamientos que no han contando con principios como éste. Si esto es verdad, que tales principios formen parte o no de un determinado sistema jurídico, sería una cuestión contingente, es decir, dependería justamente de lo que disponga la regla de reconocimiento.

#### B. *¿Es posible una convención con desacuerdos?*

Según Dworkin, como hemos visto, existiría una profunda *controversia* entre juristas y entre jueces acerca de cómo habría que decidir *jurídicamente* determinados casos. La presencia de esta controversia llevaría a la conclusión de que el derecho no puede residir en un consenso oficial como el que parece seguirse de la existencia de una regla de reconocimiento.

Al respecto podríamos hacernos dos preguntas: ¿existe de hecho esta controversia generalizada? En caso de que existiera, ¿es del tipo necesario para poner en cuestión la existencia de una regla de reconocimiento como regla social? No es descabellado responder negativamente a ambos interrogantes.

Por lo que hace a la primera pregunta, resulta indudable que existen controversias entre juristas, en general, y entre jueces en particular, acerca de cómo decidir los casos judiciales. El hecho mismo de que existan procedimientos judiciales en los que al menos dos partes pueden aportar argumentos en favor de sus respectivas posiciones, y ambas pueden con sentido invocar razones jurídicas para que el fallo les sea propicio, es un indicador de que esa controversia es indisoluble de la práctica jurídica. Ahora bien, ¿hasta dónde llega esta controversia? ¿Puede decirse sin más que la presencia de estas disputas respecto a los casos judiciales suponen que todo el derecho es controvertido? ¿Qué sucede con la multitud de decisiones jurí-

dicas que se toman al margen del procedimiento judicial, como son los contratos que no se impugnan, las leyes que se cumplen, etc.? Seguramente, los casos que se podrían plantear en los tribunales y que en cambio no se plantean son muchísimos más que los que llegan a ellos. Por tanto, la controversia es una cuestión de grado y existe una parte importantísima de derecho legislado y derecho contractual, que da lugar a pocas dudas y que guía razonablemente la vida social fuera de las cortes de justicia.

Por lo que hace a la segunda cuestión, hay que recordar que no toda controversia que se produce en sede judicial es relevante para poner en cuestión la existencia de una regla de reconocimiento. Muchas de estas controversias son acerca de la atribución de significado a determinadas formulaciones normativas (es decir referidas a la interpretación) y pueden resolverse apelando a consensos más o menos establecidos dentro de la comunidad jurídica (con alegación de argumentos que no necesariamente aludan a principios ni tengan forzosamente un componente moral).

Pero, sea como fuere, las únicas controversias que serían relevantes para la crítica que aquí estoy analizando serían las que afecten a los criterios de validez jurídica (que forman una concreta regla de reconocimiento). ¿Existen estas controversias profundas en nuestros ordenamientos?

Tomemos a modo de ejemplo una posible formulación simplificada de la regla de reconocimiento del actualmente vigente sistema jurídico español. Esta podría rezar más o menos como sigue: “Se considerarán derecho español válido la Constitución de 1978 y todas las normas aceptadas por ella o creadas de acuerdo con los procedimientos que establece, sin que hayan sido derogadas”. Esta idea, en el ámbito de la aplicación del derecho, se concretaría en una serie de criterios ordenados jerárquicamente, en lo que se conoce como fuentes del derecho. Un ejemplo de fuentes del derecho sería éste: se aplicará a los casos a enjuiciar, en primer lugar, la constitución; en su defecto, las leyes en sentido amplio (con sus propias jerarquías: ley en sentido técnico, reglamentos, etc.); a falta de éstas, serán de aplicación las normas consuetudinarias; cuando la aplicación de éstas no sea posible, se aplicarán los principio generales del derecho.

Ahora preguntémonos: ¿Hay jueces que aplican las normas consuetudinarias por encima de las leyes? ¿Hay discrepancia acerca de que las leyes están subordinadas a la constitución? Planteemos la cuestión de

una manera más general: ¿es concebible el funcionamiento normal (es decir, continuado y estable) de un sistema jurídico con una discusión permanente y profunda de tales criterios? Si se produjera de verdad esa discusión permanente y profunda respecto a los criterios de validez jurídica, estaríamos frente a supuestos patológicos de sistemas jurídicos (como alguna vez los llamó Hart), y no serían precisamente casos paradigmáticos, que es lo que se exigiría para que la crítica de Dworkin fuera plausible. Sencillamente, no podría funcionar durante demasiado tiempo un sistema en el que los criterios de validez jurídica estuvieran puestos en cuestión de manera profunda y permanente.

### C. ¿Se puede prescindir de la regla de reconocimiento?

Los argumentos empleados en los dos apartados anteriores frente a las críticas de Dworkin son de tenor defensivo. Pero podríamos añadir uno que tiene un matiz de contraataque. No hay que olvidar que el entramado teórico de este autor reside en última instancia en la práctica *jurídica* de una determinada sociedad, aunque el carácter jurídico de esa práctica es dado por descontado en su planteamiento. Dworkin nos dice que “para el derecho como integridad, los enunciados jurídicos son verdaderos y aparecen en, o se siguen de, principios de justicia, equidad y principios procesales como el proceso debido, que ofrecen la mejor interpretación constructiva de la práctica *jurídica* de la comunidad”.<sup>33</sup>

La pregunta que podemos hacernos entonces es: ¿cómo identifica Dworkin esas prácticas *jurídicas* de entre todas las prácticas *sociales* que se dan en una determinada comunidad? Pueden pensarse dos posibilidades. En ambas, tenemos que partir de una premisa indudable: si una práctica es jurídica, entonces alguna relación tendrá con el derecho de esa comunidad. Una opción sería aplicar la definición de derecho que el propio Dworkin da. Pero si hacemos esto, el argumento se vuelve circular. Para saber cuándo una práctica es jurídica debemos acudir a los elementos que nos permiten identificar el *derecho* de una determinada sociedad. Pero resulta que entre estos elementos se halla la referencia a la práctica *jurídica* que teníamos que identificar. La otra posibilidad, es hallar criterios independientes para saber cuándo una práctica es jurídica. Pero esto es justamente lo que proporciona la regla de reconocimiento a la que Dworkin no quiere acudir.

Tal vez las deficiencias que detecto en las tesis dworkinianas y las virtudes del esquema que defiendo quedarán más claras con un ejemplo.

<sup>33</sup> Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, cit., p. 255 (cursiva añadida).

Imaginemos que alguien desea identificar el contenido del derecho romano en un determinado período histórico (pongamos por caso, el relativo a la época del emperador Augusto). La pregunta es: ¿qué pasos debe seguir? Más aún: ¿qué pasos siguen *todos* los romanistas cuando proceden a tal identificación? ¿Acaso toman como referencia un derecho parecido a la mejor interpretación posible de las instituciones romanas, teniendo en cuenta los principios de justicia relativos a la moral crítica? Me parece que no. Lo que hacen es intentar comprobar, a través de los procedimientos empíricos pertinentes, cuáles eran los criterios que los propios usuarios del derecho de la época en cuestión usaban para identificarlo (y cerciorarse de que el sistema en su conjunto era eficaz). Por tanto, frente a la disyuntiva entre identificar el derecho tomando en cuenta los criterios de identificación efectivamente usados por (al menos) los funcionarios de un sistema jurídico e identificarlo a partir de la interpretación de instituciones *jurídicas* (¿cómo sabríamos que lo son?) bajo su mejor luz, parece que es más razonable hacer lo que hacen todos los romanistas. Pero si esto es así para el caso de la identificación del derecho romano, ¿por qué debería ser distinto a la hora de identificar el derecho de cualquier otro período histórico y de cualquier latitud?

### 3. *La segunda condición: la eficacia general de las normas jurídicas*

Una vez realizado el análisis pertinente de la primera condición de existencia de los sistemas jurídicos le toca el turno a la segunda condición. Recordemos que ésta consiste en que las disposiciones identificadas a partir de la regla de reconocimiento se cumplan generalmente por el grueso de la población. Es una intuición compartida por los juristas que el estudio del derecho se basa en el análisis de los sistemas jurídicos que reciben (es el caso de los sistemas jurídicos actualmente vigentes) o han recibido en algún momento (como el caso del derecho romano), cierto grado de obediencia general por parte de la población, que es tanto como decir que son o han sido en general eficaces.

Esto supone de nuevo aludir a la existencia de ciertos hechos sociales, como son los que resultan de los actos de obediencia. A continuación realizaré un breve análisis de cuáles son estos hechos sociales. En concreto, examinaré cuándo puede afirmarse que un sistema jurídico es eficaz, cuál es la relación entre los conceptos de eficacia y autoridad y,

por último, qué papel juegan en la existencia de los sistemas jurídicos los motivos del cumplimiento de lo dispuesto en las normas.

### A. *¿Cuándo un sistema jurídico es eficaz?*

Podemos empezar por un concepto muy general de eficacia que se podría llamar de correspondencia.<sup>34</sup> Para ver si una norma es eficaz en este sentido habría que comprobar simplemente si la acción que prescribe es realizada por sus destinatarios.

Pero esta correspondencia puede darse en dos circunstancias diversas. Siguiendo a Liborio Hierro,<sup>35</sup> cabe distinguir, por un lado, aquella que se daría cuando los destinatarios hacen lo que dispone la norma sin que la hayan tenido en cuenta, o incluso ignorando su existencia. En este caso, los destinatarios realizan lo prescrito por la norma por cualquier motivo menos por el hecho de que la norma exista, por lo que podría decirse que estamos ante una eficacia por *coincidencia*. Por otro lado, cabe que los destinatarios realicen lo que la norma obliga justamente debido a que la norma existe. En estas circunstancias, la existencia de la norma ha constituido un motivo o razón para que se lleve a cabo lo que en ella se dice. Se hablaría, entonces, de eficacia como *cumplimiento*.

Queda claro, pues, que la eficacia de las normas requiere una cierta relación entre las normas y las conductas de sus destinatarios. Ahora bien, se puede estar hablando de eficacia con sentidos muy distintos en función de qué tipo de conducta sea la que se exige de los destinatarios, como hemos visto, y también en función de qué clase de destinatarios se tome como parte de esa relación.

Respecto a la primera cuestión, se puede decir que una norma tiene eficacia cuando los destinatarios cumplen lo que en ella se dispone. Si es una norma que obliga a realizar *p*, será eficaz si los destinatarios realizan *p*. Si es una norma que prohíbe hacer *p*, será eficaz si los destinatarios se abstienen de realizar *p*. Y si es una norma que permite hacer *p*, será eficaz cuando alguien en alguna ocasión hace *p*.<sup>36</sup> Pero, dicho esto, surge una duda. Para

<sup>34</sup> Según terminología de Navarro, Pablo, *La eficacia del derecho*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 16.

<sup>35</sup> Hierro, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona, Ariel, 2003, p. 75.

<sup>36</sup> Me ocupo aquí únicamente de la eficacia de los mandatos (de las normas regulativas, que consisten en una obligación o en una prohibición). Para un examen de las peculiaridades de la eficacia de las normas permisivas (normas regulativas que no son mandatos) y de las constitutivas (que no son regulativas) remito a Vilajosana, Josep M., “Eficacia normativa y existencia del derecho”, *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 8, 2010, pp. 103-118.

hablar de eficacia de una norma como condición de existencia de los sistemas jurídicos, ¿se requiere la simple coincidencia del comportamiento respecto a lo dispuesto en ella o se exigirá el cumplimiento?

En relación con la segunda cuestión, los destinatarios de las normas pueden ser los ciudadanos (o un subconjunto de ellos) o algunos órganos aplicadores (simplificando: los jueces). Hay quien, como Kelsen, ha construido una teoría general del derecho en la que todas las normas se entienden dirigidas a las autoridades indicándoles las condiciones en las que deben imponer una sanción. Pero parece poco iluminadora la idea de que las normas que penalizan el asesinato van destinadas a los jueces y no digamos las que autorizan la realización de contratos. Por eso, si entendemos que las normas se dirigen en primera instancia a los ciudadanos, y en caso de incumplimiento, los jueces deben aplicar la sanción, se presenta el problema de determinar a qué actos de cumplimiento nos estamos refiriendo con el concepto de eficacia, al de los ciudadanos o al de los jueces.

Si nos decantamos por considerar que el ámbito privilegiado debe ser el de los actos de aplicación de los jueces, se puede producir la paradoja de que aquellas normas que más eficacia podrían tener desde la perspectiva de la conducta de los ciudadanos (porque, imaginemos, no se incumplen nunca), no habría ni siquiera la posibilidad de que pudieran ser eficaces desde la perspectiva de los jueces, por cuanto éstos no tendrían posibilidad de aplicar una sola sanción. Esto parece extraño. Por esa razón, al hablar de eficacia, tal vez resulte más plausible exigir una cierta combinación de la conducta de ambos colectivos, como el propio Kelsen sugiere. Así, podría decirse que una norma *N* es eficaz si y sólo si es cumplida generalmente por los ciudadanos y, en aquellos casos de incumplimiento, generalmente los jueces aplican la sanción correspondiente.<sup>37</sup>

Analizadas muy brevemente estas dos cuestiones (el concepto de eficacia relevante y cuál es el conjunto de destinatarios que debemos tener en cuenta), es el momento de plantearse dos preguntas pertinentes. Cuando se dice que una condición de la existencia de un sistema jurídico es que las reglas identificadas a partir de la regla de reconocimiento se cumplan generalmente por el grueso de la población, ¿este cumplimiento se refiere a la eficacia como coincidencia o a la eficacia como cumplimiento? Y, cualquiera que sea el tipo de eficacia, ¿ésta se exige respecto de los ciudadanos, de los jueces o de ambos?

<sup>37</sup> Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., pp. 219-224.

En realidad, se puede responder a estos interrogantes de manera distinta según el grado de exigencia que se pretenda tener. Los supuestos que se podrían dar serían, ordenados de menor a mayor exigencia:

- a. Eficacia como coincidencia respecto de ciudadanos y jueces.
- b. Eficacia como coincidencia en relación con los jueces y eficacia como cumplimiento respecto a los ciudadanos.
- c. Eficacia como coincidencia respecto a los ciudadanos y eficacia como cumplimiento respecto a los jueces.
- d. Eficacia como cumplimiento tanto para los ciudadanos como para los jueces.

En principio, no es descartable ninguna de estas posibilidades. Lo único de lo que hay que ser conscientes es que el tipo de sociedad que se obtiene en cada uno de estos supuestos es bien distinto. Pero ello no significa que no se pueda predicar la existencia de un sistema jurídico basándose en cualquiera de ellos. De todos modos, algunos son más plausibles que otros, como veremos en el siguiente apartado.

### B. *Eficacia y autoridad*

En el supuesto a) se dibuja un cuadro en el que los ciudadanos y los jueces obedecen en general lo dispuesto en las normas del sistema por motivos que no tienen que ver con el hecho de que la autoridad lo haya ordenado. En el caso de los ciudadanos, esta circunstancia es conceible tal vez en casos de una sociedad muy cohesionada en la que las convenciones o los valores morales que comparten los gobernados coinciden plenamente con lo dispuesto por las normas jurídicas. En estos casos, por hipótesis, la conducta de los gobernados coincide mayoritariamente con lo dispuesto en las normas jurídicas, pero la llevan a cabo por razones convencionales o por razones morales, o por ambas a la vez. Esto implica que, aunque no existieran las normas jurídicas en cuestión, los gobernados se seguirían comportando igual.

¿Qué sucedería en este caso con los jueces? ¿Tiene sentido que la aplicación del derecho la hagan sin estar motivados por lo que ha dispuesto la autoridad normativa? Lo primero que habría que decir es que si se acepta que pueda existir la cohesión de los gobernados de la que acabo de hablar, entonces los casos de incumplimiento serían puramente testimoniales con lo que parecería no tener excesiva relevancia que los jueces actuaran motivados por las normas jurídicas, aunque esta posibilidad no deja de resultar chocante.

Esta extrañeza se pone más claramente de relieve en el supuesto b). Esta combinación, en la que se exige que los gobernados no sólo realicen lo

dispuesto en las normas jurídicas sino que actúen motivados por ellas, mientras a los jueces se les exige únicamente la mera coincidencia, sería el prototipo de una sociedad cínica. Pero esta consecuencia, por sí sola, no tiene por qué llevarnos a la conclusión de que no pueda existir. Los supuestos c) y d), sin embargo, parecen ser más realistas. Pero que nos parezca que coinciden con lo que de hecho en muchos sistemas jurídicos se da, no es un argumento irrefutable para negar la posibilidad de que existan los casos a) y b).

Ahora bien, después de todo, tal vez sí que pueda desarrollarse un argumento que lleve a pensar que *conceptualmente* no es posible una sociedad con un sistema jurídico cuyas normas no tengan una eficacia como obediencia. Podemos denominarlo el argumento de la autoridad y entraña con ideas defendidas por Raz.<sup>38</sup>

La segunda condición de existencia de los sistemas jurídicos nos viene a decir que sólo es posible hablar de la existencia de un sistema jurídico si existe una autoridad normativa efectiva. La autoridad efectiva puede que no sea legítima en el sentido de no estar moralmente justificada. Sin embargo, mantiene una relación especial con la autoridad justificada: es lo que toda autoridad efectiva pretende ser. Entonces, ¿en qué consiste una autoridad normativa?

Se puede decir que una autoridad normativa es una clase de autoridad práctica, es decir, una autoridad acerca de las acciones que los individuos deben realizar. Para nuestros fines, cuando alguien pretende autoridad es que pretende tener derecho a ser obedecido. La autoridad jurídica se ve a sí misma teniendo derecho a regular conductas a través de normas en una determinada comunidad, con un correlativo deber de obediencia por parte de sus destinatarios. Aunque hay mucho que discutir acerca de si existe o no ese deber de obediencia, aquí es pertinente anticipar que cuando en este contexto se habla del deber de obedecer las normas que emanan de la autoridad no se trata únicamente de hacer lo que ellas dicen, sino de hacerlo *porque* la autoridad lo ha ordenado. Las razones que nos ofrecen las normas jurídicas deben ser tratadas como vinculantes con independencia de su contenido.

Si esto es así, entonces parecería que la existencia de un sistema jurídico exige una autoridad efectiva y ésta a su vez demanda la obediencia generalizada de sus normas porque las ha emitido la autoridad, que es tanto como

<sup>38</sup> Raz, Joseph, *La autoridad del derecho* (Raúl Tamayo, trad.). México, UNAM, 1982 [1979].

decir que se exige la eficacia como cumplimiento. Si se acepta esta concepción de la autoridad de Raz (la cual no es compartida por todos los filósofos del derecho), entonces habría una fuerte razón (una razón conceptual) para optar por el supuesto d) y rechazar los restantes, ya que la autoridad normativa se supone que lo es tanto para los gobernados como para los jueces, que deben aplicar sus normas.

### C. *¿Son relevantes los motivos del cumplimiento?*

Si dejamos de lado la posibilidad de exigir simplemente la coincidencia entre la conducta de los sujetos normativos y lo prescrito por la autoridad normativa, y asumimos que la eficacia que interesa a efectos de la existencia de un sistema jurídico es el cumplimiento (de los jueces y de los ciudadanos), queda en pie todavía si ese cumplimiento debe hacerse por algún motivo especial o no.

Hierro sostiene que los posibles motivos de obediencia a las normas jurídicas serían cinco: por temor a la sanción, por utilidad, por respeto al orden jurídico, por respeto a la autoridad y por adhesión.<sup>39</sup> Comentaré muy brevemente estos distintos motivos. Una de las preguntas que podremos intentar responder a través de este comentario es si juega algún papel un motivo, que no parece coincidir completamente con ninguno de los mencionados, y que sería el de obedecer por razones convencionales. Es especialmente relevante este último motivo en esta sede, por cuanto podríamos concordar que alguien sostiene una teoría convencionalista en sentido fuerte si considera que no sólo la existencia de la regla de reconocimiento (la primera condición de existencia de los sistemas jurídicos) se funda en hechos convencionales, sino que también se basa en ellos la eficacia general de las normas (la segunda condición de existencia de los sistemas jurídicos).

El cumplimiento por temor a la sanción es el que se suele considerar más afín a la tarea motivadora del derecho. Es emblemática, en este sentido, la conocida posición de Hans Kelsen, al elevar a rasgo definitorio del derecho, entendido como técnica social de motivación, la amenaza de sanción. Como es sabido, que el derecho emplee una técnica de motivación indirecta, a través de la amenaza de sanción para el caso de incumplimiento de sus normas, es lo que caracteriza a los sistemas jurídicos frente a otros sistemas normativos, como la moral crítica, que serían técnicas de motivación directa. (Simplificando, uno cumple con la moral crítica simplemente porque es su deber, no por temor a la sanción). La cuestión, entonces, es si

<sup>39</sup> Hierro, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, op. cit., p. 74.

este primer tipo de eficacia como cumplimiento es la relevante para lo que aquí interesa.

No faltarían argumentos para defender esta posición. Al fin y al cabo, ¿para qué amenazar con sancionar el incumplimiento si uno no creyera que dicha amenaza motivará la acción? Ahora bien, del hecho de que sin lugar a dudas *en algunos casos* el temor a la sanción motive el cumplimiento, no se puede inferir que sea el único motivo que lo haga, ni aún (lo que aquí más nos interesa) que sea el único motivo relacionado con la existencia de un sistema jurídico.<sup>40</sup> Y ello, al menos por dos razones. La primera razón, porque hay normas en los ordenamientos jurídicos que podría decirse que, *en algún sentido*, motivan el comportamiento de los destinatarios hacia su cumplimiento, pero no establecen sanciones (este sería el caso de las normas permisivas). La segunda razón, porque existen otras formas plausibles en las que la existencia de las normas jurídicas pueden motivar el cumplimiento del derecho, como las que veremos seguidamente.

Una segunda motivación para cumplir lo dispuesto en las normas jurídicas es la de obedecerlas por la utilidad que nos prestan. El cumplimiento de las normas jurídicas, en ocasiones, puede ahorrar los quebraderos de cabeza inherentes a la toma de ciertas decisiones, así como evitar costes de negociación. En estos casos, el cumplimiento puede consistir perfectamente en acciones mecánicas o imitativas, pero no irracionales. Sería, como dice Hierro, una actitud propia de un utilitarista de reglas en segundo grado: asumiríamos, inconscientemente quizás, una regla según la cual en la mayor parte de las situaciones cotidianas es útil seguir una regla vigente.<sup>41</sup> Ante la cuestión, sin embargo, de si el cumplimiento por ese motivo es lo que hay que exigir en relación con el tema que estamos tratando, parece que la respuesta no se puede alejar mucho de la dada respecto al motivo anterior. Su ausencia no privaría al sistema de existencia, pero su presencia no impide la coexistencia con los demás motivos.

En este punto podría encajar tal vez el cumplimiento por coordinación, propio de lo que podríamos denominar razones convencionales. Como vimos en su momento, las convenciones en sentido técnico surgen para resolver problemas de coordinación y en este sentido nos aportan utilidad. Visto desde esta perspectiva, el hecho de que los demás cumplan con lo dispuesto en una norma jurídica es una razón para cumplirla (que, por supuesto, podría decaer en nuestro balance de razones, por ejemplo, por ser contra-

<sup>40</sup> En el mismo sentido, véase, por ejemplo, Von Wright, Georg H., *Norma y acción. Una investigación lógica*, *op. cit.*, p. 139.

<sup>41</sup> Hierro, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, *op. cit.*, p. 109.

ria a una razón moral), ya que refuerza las recíprocas expectativas del cumplimiento. Su posible alcance lo veremos algo más adelante, cuando lo relacionemos con el argumento de la autoridad.

Un tercer motivo para cumplir con las normas jurídicas es por respeto al sistema jurídico. Éste sería un estímulo que se relaciona con la interiorización que se da en todos los participantes en un proceso de socialización. Por ello se afirma que, en realidad, es la motivación más extendida de cumplimiento, mientras no nos hallemos frente a circunstancias excepcionales. Estas circunstancias serían básicamente dos: que las normas jurídicas en cuestión entraran en conflicto con nuestros intereses o que fueran contrarias a nuestros valores morales. En ambos casos, ese motivo tan extendido de cumplimiento podría ceder y dar lugar al incumplimiento.

A veces se alude a la existencia de la autoridad como otro motivo para cumplir con las normas jurídicas. Al respecto, podría decirse lo siguiente. En el caso de que se considere como autoridad sencillamente la que ostenta el monopolio de la fuerza física en una determinada sociedad (un concepto de autoridad, en suma, desprovisto de cualquier referencia a aspectos de legitimación o de legitimidad), entonces este motivo se equipararía al anterior. Si, por el contrario, se piensa en la autoridad legítima, en el sentido de que los ciudadanos creen en general en su legitimidad, entonces podría decirse que, aunque pueda parecer paradójico, la legitimación (la creencia en la legitimidad moral de los gobernantes) no es ni condición necesaria ni suficiente del cumplimiento de las normas de un sistema jurídico.<sup>42</sup> No es condición necesaria, porque se puede dar el cumplimiento por uno o más de los restantes motivos que estamos analizando; no es condición suficiente, puesto que, a pesar de que alguien crea que la autoridad es legítima, puede incumplir una norma concreta, bien porque lesiona sus intereses, bien porque la considera inmoral, bien por ambas razones.

Sin embargo, no hay que confundir lo anterior con otra pregunta, que es la relativa a si la creencia en la legitimidad es condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico. Ante esta cuestión cabe decir lo mismo que frente a los demás motivos de cumplimiento. No parece que deba darse necesariamente, pero también es plausible considerar que un conjunto más o menos extenso de los destinatarios de las normas las cumplirán por ese motivo.

Llegados a este punto es el momento de indagar si la eficacia como condición de existencia de los sistemas jurídicos implica necesariamente

<sup>42</sup> En este punto coinciden, por ejemplo, Hierro, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, p. 122 y Redondo, Cristina y Navarro, Pablo, “Aceptación y funcionamiento del derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, núm. 9, 1991, p. 232.

una alusión a hechos convencionales y determinar así si es acertado sostener una teoría convencionalista en sentido fuerte. No es este el caso. Si admitimos, como parece razonable, que pueden cumplirse las normas jurídicas por los distintos motivos que estamos examinando, y no sólo por uno de ellos, entonces no parece que la existencia de hechos convencionales (que requiere que se cumpla con las normas porque los demás lo hacen) sea una condición necesaria de la eficacia general de las normas. Tal vez, pueda ser considerada, en cambio, una condición suficiente. Lo sería si se entiende que bastaría con que los ciudadanos y las autoridades cumplieran las normas por razones puramente convencionales para considerar que se da la segunda condición de existencia de un sistema jurídico. No está claro en estas circunstancias si la vinculación conceptual, de la cual hablé anteriormente, podría hacerse a través de este tipo de razones, aunque algunas de ellas son precisamente muy parecidas a las que trata Raz al hablar de su concepto de autoridad.

Hay aquí, pues, teniendo en mente el argumento de la autoridad al que aludí en su momento, dos cuestiones diversas a las que hay que dar respuesta.

En primer lugar, es preciso establecer si la eficacia relevante en esta sede es la coincidencia o el cumplimiento. La respuesta a este interrogante es clara: para quien sostenga la vinculación conceptual entre autoridad y obediencia, no puede bastar con la mera coincidencia entre las acciones de los destinatarios de las normas y lo dispuesto en éstas. Recordemos que, según el mencionado argumento, la autoridad es tal no debido simplemente a que los destinatarios hacen lo dispuesto en las normas, sino debido a un motivo especial: lo hacen *porque* provienen de la autoridad. De ahí, que lo que exige el argumento de la autoridad es una eficacia como cumplimiento.

En segundo lugar, una vez centrados en el ámbito de la eficacia como cumplimiento, cabe preguntar si existe un motivo privilegiado de entre los que estamos viendo. En este punto, parece que sostener el argumento de la autoridad implica defender que el motivo de obediencia que no puede dejar de darse (ya que se aceptaría que la vinculación entre autoridad y obediencia es conceptual) es justamente uno que estaría a caballo entre el segundo y el tercero de los motivos que recoge Hierro, mientras que los demás, serían puramente contingentes.

En todo caso, no parece que sea necesario que la motivación sea convencional, en el sentido de que los destinatarios cumplan lo dispuesto por las normas porque los demás lo hacen. Si esto es así,ería más

sensato mantener un convencionalismo débil, que admite que los hechos convencionales únicamente se requieren en relación con la primera condición de existencia de un sistema jurídico, tal como he defendido en otros lugares.<sup>43</sup>

En resumen, respecto a la eficacia como condición de existencia de los sistemas jurídicos puede afirmarse lo siguiente:

1. En principio, ninguno de los motivos que hemos examinado hay que considerarlo privilegiado a la hora de fundamentar la existencia de un sistema jurídico, aunque uno o más de ellos deben darse en mayor o menor medida, ya que dicha existencia requiere, por las razones que hemos visto, cumplimiento de normas, y no sólo coincidencia. Esta circunstancia se puede expresar de este modo: ninguno de los motivos examinados es condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico, pero sí que lo es la disyunción inclusiva de todos ellos.

2. Si se acepta el argumento de la autoridad, entonces los motivos que estarían entre el segundo y el tercero de los mencionados sí que serían condición necesaria de la existencia de un sistema jurídico, pues las normas se cumplirían porque lo ha dispuesto así la autoridad. Las demás motivaciones serían, así, contingentes.

3. Otro motivo que no se corresponde exactamente con los expuestos por Hierro sería el de actuar movido por razones convencionales. Sin embargo, no parece que esta motivación sea necesaria, por los argumentos que hemos visto, con lo cual parece razonable defender un convencionalismo débil.

#### IV. CONCLUSIONES

En este trabajo he abordado el problema de la identificación del derecho, que es tanto como decir el problema de la existencia del mismo. Es difícil discutir que el derecho es, al menos, un producto de acciones humanas. Sin embargo, hemos visto que en la elucidación de qué tipo de acciones humanas se está hablando, no hay acuerdo.

Un modelo muy simple, que explique la existencia del derecho en términos de hábitos de obediencia, se fija en un tipo de conductas que, a lo sumo, son idóneas para dar cuenta de la eficacia general de las normas de un sistema jurídico, que es la segunda de las condiciones de su existencia. Pero, aún en este caso, hemos comprobado que surge la cuestión de si una concepción de la eficacia en términos de obediencia

<sup>43</sup> Por primera vez en Vilajosana, Josep M. “Hechos sociales y Derecho”, *op. cit.*, y, de un modo más completo, en Vilajosana, Josep M. *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, *op. cit.*

puede ser explicada sin tener en cuenta la pretensión de autoridad de quienes gobiernan.

Lo que queda claro, no obstante, es que el acercamiento del modelo simple no es idóneo para entender la primera condición de existencia de los sistemas jurídicos: la existencia de la regla de reconocimiento. Su existencia no puede ser explicada apelando simplemente a una mera regularidad de comportamiento. Requiere, por eso es una regla social, que a la regularidad se añada el elemento *normativo* del que carecía el modelo simple. Este elemento es, en terminología de Hart, la presencia del punto de vista interno: la creencia entre los miembros que actúan regularmente que esa actuación es, *en algún sentido*, obligatoria.

Cómo haya que interpretar este punto de vista interno es todo menos claro. El propio Hart puede dar pie en alguna ocasión a que este elemento se contemple como una adhesión moral a la regla. De ser eso así, esta posición se acercaría mucho a tesis iusnaturalistas, por cuanto parecería que no se puede identificar el derecho sin tener un compromiso moral.

Pero la anterior no tiene por qué ser una conclusión inevitable. También los textos de Hart ofrecen la posibilidad de interpretar que la normatividad que origina el punto de vista interno no es de naturaleza moral, sino convencional. La normatividad de la regla que sirve para identificar el derecho de una determinada comunidad sería, pues, del mismo tipo que la que sirve para identificar el dinero de esa misma sociedad. Esto no es nada extraño. Como sostiene John Searle, si la gente deja de creer que algo es dinero, deja de ser dinero. Es decir, lo que hace que determinados papeles o pedazos de metal sean depositarios de valor y sirvan como instrumentos de intercambio en relación con una determinada sociedad es que, en general, los miembros de esa sociedad creen que lo son y tienen las actitudes y llevan a cabo los comportamientos acordes con esas creencias. Y todo ello sin que tengan por qué asociar necesariamente esas creencias con razones morales.

¿No podemos pensar que a la hora de *identificar* el derecho de una determinada sociedad ocurre algo parecido? Con la concepción de la regla de reconocimiento como convención constitutiva se ofrece esta visión. Son, como hemos visto, las acciones de *identificación* del derecho por parte de los juristas y las creencias y actitudes recíprocas asociadas a ellas las que generan la regla de reconocimiento y, a través de ella, contribuyen a la existencia del derecho de una sociedad.

## V. BIBLIOGRAFÍA

### 1. Lecturas Citadas

- AQUINO, Tomás de, *Suma de teología*. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1997 [1275].
- AUSTIN, John, *El objeto de la jurisprudencia* (Juan Ramón de Páramo, trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- COLEMAN, Jules, *The Practice of Principle. In defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* (Marta Gustavino, trad.), Barcelona, Ariel, 1984 (original de 1977).
- \_\_\_\_\_, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge-Mass, 1986.
- HART, Herbert, L. A., *El concepto de derecho* (Genaro Carrió, trad.), Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 [1961].
- \_\_\_\_\_, “Postscript” en *The Concept of Law*, 2a. ed., en Bulloch, Penelope A. y Raz, Joseph (eds.), Oxford University Press, Oxford, 1994.
- HIERRO, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, Ariel, 2003.
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho* (Roberto Vernengo, trad.), México, UNAM, 1979 [1950].
- LAGERSPETZ, Erik, *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*. Kluwer, Dordrecht, 1995.
- LEWIS, David, *Convention. A philosophical Study*. Basil Blackwell, Oxford, 1969.
- MACCORMICK, Neil, *H.L.A. Hart*. Edward Arnold, London, 1981.
- MARMOR, Andrei, “On Convention”, *Synthese*, núm. 107, 1996.
- \_\_\_\_\_, “Legal Conventionalism” En Coleman, Jules (ed.). *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001.
- NARVÁEZ, Maribel, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004.
- NAVARRO, Pablo, *La eficacia del derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- NINO, Carlos S., *Algunos modelos metodológicos de “ciencia” jurídica*, Valencia (Venezuela), Universidad de Carabobo, 1979.
- OLIVECRONA, Karl, *Law as a Fact*. Oxford University Press, London, 1939.

- RAZ, Joseph, *La autoridad del derecho* (Raúl Tamayo, trad.), México, UNAM, 1982 [1979].
- REDONDO, Cristina; NAVARRO, Pablo, “Aceptación y funcionamiento del derecho”, *DOXA. Cuadernos de Filosofía del derecho*, núm. 9, 1991.
- ROSS, Alf, *Sobre el derecho y la justicia* (Genaro Carrió, trad.), Buenos Aires, EUDEBA, 1963 [1958].
- RUIZ MANERO, Juan, *Jurisdicción y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- SEARLE, John, *La construcción de la realidad social* (Antoni Domènec, trad.), Barcelona, Paidós, 1997 (edición original de 1995).
- VILAJOSANA, Josep M. “Hechos sociales y Derecho” en Diciotti, e. y Velluzzi, V. (eds.). *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*, Giappichelli, Torino, 2003.
- \_\_\_\_\_, *Identificación y justificación del derecho*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2007.
- \_\_\_\_\_, “Una defensa del convencionalismo jurídico”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, núm. 33, 2010.
- \_\_\_\_\_, *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2010.
- \_\_\_\_\_, “La construcción social de la realidad jurídica”, *Prisma Social. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 4, 2010.
- \_\_\_\_\_, “Eficacia normativa y existencia del derecho”, *Teoría & derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 8, 2010.
- VON WRIGHT, Georg H., *Norma y acción. Una investigación lógica*. (Pedro García, trad.), Madrid, Tecnos, 1971 (original de 1963).

## 2. Lecturas de Apoyo

### A. Sobre identificación del derecho

VILAJOSANA, Josep M., *Identificación y justificación del derecho*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2007, primera parte.

### B. Sobre creación de la realidad social

SEARLE, John, *La construcción de la realidad social* (Antoni Domènec, trad.), Barcelona, Paidós, 1997 (edición original de 1995).

JOSEP VILAJOSANA

1103

C. *Sobre el modelo simple de Tesis social*

AUSTIN, John, *El objeto de la jurisprudencia* (Juan Ramón de Páramo, trad.), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

D. *Sobre el modelo sofisticado de Tesis social*

HART, Herbert, L. A., *El concepto de derecho* (Genaro Carrió, trad.). Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963 (original de 1961).

E. *Sobre la regla de reconocimiento como convención*

HART, Herbert, L. A., “Postscript”, *The Concept of Law*, 2a. ed., en Bulloch, Penelope A. y Raz, Joseph (eds.). Oxford University Press, Oxford, 1994.

NARVÁEZ, Maribel, *Wittgenstein y la teoría del derecho. Una senda para el convencionalismo jurídico*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, capítulos VII-X.

VILAJOSANA, Josep M., *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2010.

F. *Sobre las críticas a la regla de reconocimiento*

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio* (Marta Gustavino, trad.), Barcelona, Ariel, 1984 [1977].

G. *Sobre eficacia de las normas jurídicas*

HIERRO, Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*. Barcelona, Ariel, 2003.



## CAPÍTULO 29

### DERECHO Y MORAL

John GARDNER\*

SUMARIO: I. ¿*Tiene el Derecho fines morales?* II. ¿*El Derecho siempre hace parte de la moralidad?* III. ¿*La moralidad hace parte del Derecho?* IV. ¿*Tiene el Derecho una moralidad interna?* V. ¿*Hay una obligación moral de obedecer al Derecho?* VI. *Bibliografía.*

#### I. ¿TIENE EL DERECHO FINES MORALES?

El Derecho, a diferencia de la moral, es creado por alguien. Así que, a diferencia de la moral, puede tener fines, los cuales son los fines de quienes lo elaboran (ya sea individual o colectivamente). Sin embargo, no todas las reglas y principios del Derecho tienen fines porque no toda creación del derecho es intencional. El Derecho consuetudinario se genera por acciones convergentes que son realizadas sin la intención de crear Derecho, y así sin ninguna intención adicional de alcanzar algo mediante la creación del derecho, es decir, sin ninguna finalidad. Hay también otras modalidades de creación accidental del derecho. No obstante, por ahora me ocuparé del Derecho que es creado intencionalmente y, que por ello es capaz de tener fines.

Algunas personas han pensado que cuando el derecho tiene fines debe, por su naturaleza, tener ciertos fines morales distintivos. Si carece de tales fines, no es Derecho. Deber tener como fin ser justo,<sup>1</sup> servir al bien común,<sup>2</sup> justificar la coerción,<sup>3</sup> o ser en alguna otra manera moralmente

\* Profesor of Jurisprudence, Oxford University. Este capítulo está basado en John Gardner, ‘Ethics and Law’, in John Skorupski (ed.), *The Routledge Companion to Ethics* Abingdon, Routledge, 2010, pp 420-429. (Trad. de Francisco Martínez Cruz, Revisión de Jorge Luis Fabra Zamora).

<sup>1</sup> Cf. Postema, Gerald, “Law’s autonomy and public practical reason”, en George, Robert (ed.), *The autonomy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 80.

<sup>2</sup> Cf. Finnis John, *Natural law and natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 276.

*Encyclopedía de Filosofía y Teoría del Derecho*, vol. 2, pp.1105-1119.

vinculante o moralmente exitoso. El problema de estas posturas es que al menos algunos creadores de normas jurídicas no tienen fines morales. Son personas absolutamente cínicas. Ellos usan la creación del derecho solamente como un instrumento para beneficio económico, retaliación o consolidación del poder. Por supuesto, se puede aún atribuir fines morales al Derecho creado por tales individuos si es intencionalmente desarrollado o adaptado por funcionarios posteriores que sí tengan fines morales. Jueces posteriores, por ejemplo, pueden interpretar una norma jurídica como si tuviera un fin moral, y por tanto dotarla de uno, incluso si careció de tal en su generación. Pero en ocasiones, los jueces también pueden ser totalmente cínicos. Sistemas jurídicos completos pueden, de hecho, ser puestos en marcha por carteles de funcionarios que se mueven por el interés personal, para los cuales el sistema es principalmente una elaborada red de extorsión o una gran chiste.

En tales casos, el Derecho no tendría propósitos morales. Sin embargo todos los funcionarios jurídicos, incluso en tal sistema, deben por lo menos *pretender* tener fines morales cuando ellos actúan en el ejercicio de sus funciones oficiales. O como frecuentemente se ha dicho, deben por lo menos realizar *pretensiones* morales en nombre del Derecho.<sup>4</sup> Esto no significa, por supuesto, que sin fines morales estas personas fracasarán en alcanzar a sus pretensiones no morales (es decir, perderán sus beneficios, privilegios o base de poder). Eso puede ser cierto, pero no viene al caso. El punto es que en la medida en que ellos son los voceros del Derecho, los funcionarios no pueden evitar realizar pretensiones morales para el Derecho. Estas son las pretensiones que (en combinación con otros criterios específicos) distinguen a estas personas como funcionarios jurídicos.

Para identificar las pretensiones del Derecho, hay que comenzar con el lenguaje que emplean los funcionarios jurídicos. Al establecer o describir las NORMAS JURÍDICAS, los funcionarios no pueden sino usar el lenguaje de las obligaciones, derechos, permisos, poderes, compromisos, etcétera. Lo que ellos de este modo afirman es que el Derecho impone obligaciones, crea derechos, concede permisos, confiere poderes, da lugar a responsabilidades, etcétera. Se debe pensar que la pretensión aquí no requiere ser una pretensión moral. Los funcionarios deben afirmar únicamente que existen OBLI-

---

<sup>3</sup> Cfr. Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Cambridge-Mass., Harvard University Press, 1986, p. 93.

<sup>4</sup> Cfr. Raz, Joseph, *The authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 28-33; Alexy Robert, "On necessary relations between Law and Morality", *Ratio Juris*, vol. 2, 1989, pp. 177-82.

GACIONES jurídicas, DERECHOS jurídicos, permisos jurídicos, etcétera, no morales. Pero esto no puede ser todo lo que comprende la pretensión del derecho. Una obligación jurídica, un derecho jurídico o un permiso jurídico no es otra cosa más que una obligación, derecho o permiso que existe de conformidad con el Derecho, y una obligación, derecho o permiso que existe de conformidad con el Derecho no es otra cosa más que una obligación, derecho o permiso, cuya existencia el Derecho afirma. Así que afirmar la existencia de una obligación jurídica es simplemente afirmar la existencia de lo que el Derecho afirma como obligación. Esta es una pretensión de segundo orden. Los funcionarios (también abogados, comentaristas jurídicos y otros) tienen suficientes razones y ocasiones para realizar tales pretensiones de segundo orden, pero cuando ellos lo hacen están reportando las pretensiones del Derecho, no realizándolas. So pena de vacuidad o regresión infinita, necesitamos atribuir al Derecho mismo una pretensión de primer orden adecuada. Las obligaciones jurídicas son pretensiones de ser algo, pero ¿qué es lo que se pretende que sean? Aquí es donde aparece la idea de que el Derecho realiza un fin moral. “Moral”, en este contexto, es el nombre dado al tipo de obligación que el Derecho pretende que sean las obligaciones jurídicas. Las obligaciones jurídicas están llamadas a ser obligaciones que no son solamente afirmaciones, y que por tanto no son meramente jurídicas. Se pretende que estas se sitúen más allá del Derecho, o que sean ancladas (como a veces sucede) tanto en la conciencia como en el Derecho.<sup>5</sup>

## II. ¿EL DERECHO SIEMPRE HACE PARTE DE LA MORALIDAD?

Que el Derecho realice pretensiones morales por sí mismo significa que el paradigma o tipo ideal de Derecho —el modelo conforme al cual todos los otros derechos necesitan ser comparados y a través de los cuales necesita ser entendido— es moralmente justificado.<sup>6</sup> Esto es así porque el paradigma o tipo ideal de cualquier cosa que tiene propósitos es aquel en el cual se consiguen esos fines, y el paradigma o tipo ideal de cualquier cosa que realice fines es aquel en el cual se consiguen esos objetivos genuinamente. El Derecho realiza propósitos morales y, cuando los realiza genuinamente,

<sup>5</sup> Cfr. Finnis, John, “Aquinas’ Moral, Political and Legal Philosophy”, Edward N. Zalta (ed.) *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2005, <http://plato.stanford.edu/entries/aquinas-moral-political/>.

<sup>6</sup> *Ibidem*, pp. 14 y 15.

tiene propósitos morales; y cuando consigue esos propósitos, está moralmente justificado. El Derecho que incluso está a la altura de estándares morales, es aquel a causa de su naturaleza como Derecho, se mantiene por sí mismo a esa altura. Este es el caso paradigmático del Derecho.

Cuando el Derecho está moralmente justificado —en el caso paradigmático de Derecho— tiene el dominio que se propone tener sobre aquellos a quienes se dirige. Sus normas tienen fuerza moral. Esto no siempre resulta en que sean moralmente obligatorias. Algunas normas imponen obligaciones, y cuando estas lo hacen y están moralmente justificadas al hacerlo, imponen obligaciones tanto morales como jurídicas. Sin embargo, otras normas confieren poderes o conceden permisos.<sup>7</sup> Cuando una norma jurídica confiere un poder o concede un permiso, y el conferir o conceder está moralmente justificado, la norma igualmente confiere un poder moral o confiere un permiso moral, según sea el caso, *i.e.* permite cambiar la posición tanto moral como jurídica de alguien, o determina alguna línea de conducta con la garantía de que es tanto moral como jurídicamente permisible.

Cuando una norma jurídica está moralmente justificada, para generalizar, se convierte en parte de la moralidad. Ahora bien, comencé diciendo que la moralidad, a diferencia del Derecho, no está hecha por nadie. No tiene fuentes, funcionarios o acción capaz de formular sus mandatos. Pero este punto ahora necesita ser explicado. La moralidad adquiere esos rasgos en la medida en que en sí misma es constituida por el Derecho. Cuando una norma jurídica llega a ser parte de la moralidad, hay un sentido en el cual las FUENTES DEL DERECHO y los funcionarios se convierten también en fuentes y funcionarios de la moralidad. Hay, entonces, un filón de autoridad moral, aunque uno no pueda entender toda la moralidad en este modelo. No puede existir autoridad moral general. ¿Por qué? Porque hay una condición adicional que debe ser satisfecha antes que una norma jurídica (o de hecho cualquier norma que esté hecha por alguien) se vuelva parte de la moralidad, a saber, su aplicación a aquellos para los que se aplica debe estar moralmente justificada. Son necesarios estándares morales independientes por los cuales el ejercicio de la autoridad pueda ser juzgada en orden a determinar si tiene la fuerza moral que afirma tener.

Hay un indicio de paradoja, como pueden pensar, acerca de la idea de que las normas jurídicas justificadas moralmente se convierten en parte de la moralidad. ¿Por qué la moralidad las necesita? Ustedes pueden pensar que en la medida en que están justificadas moralmente, estas solamente duplidan

<sup>7</sup> Cf. Hart, H.L.A., *The concept of law*, Oxford, Clarendon Press, 1961, pp. 79, p. 247.

el contenido que la moralidad ya tiene, y por tanto la condición de su conversión en parte de la moralidad es también la condición de su redundancia moral.<sup>8</sup> Pero esto es un error. Las normas jurídicas moralmente justificadas necesitan no solamente replicar el contenido que la moralidad ya tiene. Moralmente, por ejemplo, tengo una razón para no chocar mi automóvil con el suyo puesto que podría matarlo. Esto significa que tengo una razón para conducir mi automóvil en el mismo lado de la carretera —izquierda o derecha— si los demás conducen los suyos del mismo modo. Pero la moralidad es indiferente respecto de si la conducción deba ser a la izquierda o a la derecha del camino. No importa moralmente si tenemos o no que mantenernos a la izquierda o la derecha, en tanto que todos hagamos lo mismo. El Derecho puede hacer una regla según la cual debamos mantenernos a la izquierda en vez de la derecha. En la medida en que nosotros estemos eligiendo aceptar la AUTORIDAD DEL DERECHO, cumpliéndose todas las demás condiciones, la intervención del Derecho en este caso está moralmente justificada, así como nos permitirá hacer, o hacer mejor, aquello para lo que, moralmente, ya tenemos una razón para hacer. Así, el Derecho no duplica simplemente el contenido ya existente de la moralidad. La moralidad de hecho nos dice qué hacer pero el Derecho agrega, a través de su autoridad, una forma adecuada de hacerlo.<sup>9</sup>

Tal caso es conocido como un caso de coordinación y es un tipo en el cual el Derecho contribuye a la moralidad. La necesidad del Derecho de contribuir a la moralidad en tales situaciones proviene de los vacíos que esta tiene. En muchas cuestiones, la moralidad calla (¿debe tomarse la izquierda o la derecha en la carretera?). En otras, alberga conflictos internos que no puede resolver por sí misma (¿se debe matar a un inocente para detener la muerte de dos inocentes?). Y aún en otras más, la moralidad sufre de indeterminación conceptual (¿es posible ser cruel para ser justo?). De cualquier manera, la mejor solución moral puede, a veces (sólo a veces) ser cualquier solución sobre la cual la gente pueda coincidir, reduciendo, de este modo, el error y la disputa innecesaria.

Aquí la habilidad de coordinación del Derecho está llamada a, o al menos está dispuesta, a hacer que la moralidad tenga menos lagunas que de otro modo tendría. El Derecho puede también ayudarnos de otras maneras

<sup>8</sup> Cf. Coleman, Jules y Leiter, Brian, “Legal positivism” en Patterson, Dennis (ed.), *A companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishers, 1996, p. 244.

<sup>9</sup> Cf. Finnis, John, “Law as Co-ordination”, *Ratio Juris*, vol. 2, 1999, pp. 97-104; Honoré, Tony, “The dependence of morality on law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993, pp. 1-17.

para hacer lo que moralmente nosotros tenemos razón de hacer.<sup>10</sup> Esto puede ayudarnos, de vez en cuando, con experiencia o saber adicionales. Puede también ayudar a fortalecer nuestra solución. En el último caso la norma jurídica normalmente replica el contenido de una norma moral que existe independientemente de ese contenido, pero cambia las consecuencias morales de fracasar al adecuarse a este (es decir, las normas morales adicionales que se refieren a lo que debe ser hecho en respuesta al fracaso). Esta es otra manera importante en la que el Derecho puede realizar intervenciones moralmente justificadas, contribuyendo, de este modo, a la moralidad. Algo importante de entender es, no obstante, que las intervenciones del Derecho no están automáticamente justificadas. Con frecuencia, el Derecho no se restringe a sí mismo la búsqueda entre alternativas morales elegibles sino que elige, en su lugar, una alternativa moralmente inaceptable. En principio, deberíamos tratar al Derecho, en esos casos, con el desprecio o ridículo que se merece. Esto es pues hay un gran trecho que va de pretender autoridad moral a en realidad tenerla.

### III. ¿LA MORALIDAD SIEMPRE HACE PARTE DEL DERECHO?

La moralidad tiene lagunas y a veces requiere del Derecho para subsanarlas. Pero esto también es cierto a la inversa. Frecuentemente, el Derecho tiene lagunas y necesita la ayuda de la moralidad para disminuirlas. Las normas jurídicas, al igual que las morales, a menudo entran en conflicto entre sí, y con frecuencia tales conflictos no pueden ser resueltos usando únicamente normas jurídicas. Las indeterminaciones del lenguaje y la intención por parte de los legisladores, por otra parte, pueden afectar al Derecho de tal modo que frustran su rol de completar las lagunas morales. El conflicto jurídico y la indeterminación requieren recursos extrajurídicos para superarlos.<sup>11</sup> Y la necesidad de superarlos es a menudo una necesidad apremiante para el Derecho. Muchos funcionarios jurídicos, sobre todo jueces, están obligados por sus juramentos (u otros deberes) a conocer y a decidir cualquier caso que caiga dentro de su jurisdicción. Ellos no pueden suspender su juicio (es decir, abstenerse de una decisión), como por el contrario sí lo podemos hacer el resto de nosotros y mantenerlo así, suspendido.

<sup>10</sup> Cf. Raz, Joseph, *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 75.

<sup>11</sup> Cf. Raz, Joseph, *The authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 53-77.

¿Cómo es que los jueces, quienes son los funcionarios jurídicos públicamente más afectados por las lagunas jurídicas, usan la moralidad para referirla en sus deliberaciones jurídicas? Una sencilla respuesta, bosquejada por Hart,<sup>12</sup> señala lo siguiente. Primero, un juez va tan lejos como puede con las NORMAS JURÍDICAS. Después se encuentra con una laguna, y por ello, con una consecuente posibilidad de actuar discrecionalmente. El juez ejerce su DISCRECIONALIDAD al usar razones morales y normas (o de hecho, otras razones y normas) para colmar la laguna. Al hacerlo, crea nuevas normas jurídicas. Este es el reverso del caso de coordinación discutido arriba, en el cual existe una laguna moral que la ley nos permite completar (al escoger la izquierda en lugar de la derecha, por ejemplo). Pero es bastante raro para los jueces colmar lagunas de esta manera cuasi-legislativa. En la mayoría de las culturas jurídicas, es el último recurso. En su lugar, los jueces usualmente colman las lagunas ajustándose al RAZONAMIENTO JURÍDICO. Ellos combinan las normas jurídicas existentes con otras premisas, incluyendo premisas morales no reconocidas hasta ese momento por el Derecho, para llegar a nuevas conclusiones jurídicas. Ustedes pueden decir que esto no es realmente un razonamiento jurídico dado que, hipotéticamente, incluye normas que aún no están reconocidas por el Derecho. Es cierto, esto significa que no se trata de un razonamiento *sobre* el Derecho. El juez que lleva a cabo tal razonamiento no está determinando lo que el Derecho ya dice. Pero este razonamiento es acorde *con* el Derecho. El Derecho se configura no-redundantemente en el razonamiento del juez si bien no determina por sí mismo la conclusión de este.<sup>13</sup>

Este es un típico ejemplo del razonamiento jurídico entendido como razonamiento acorde con el Derecho:

- (1) Nadie debe ser discriminado en el ámbito laboral a causa de su sexo (regla jurídica existente);
- (2) Denegar a una mujer un trabajo en razón de su embarazo es moralmente igual que denegárselo en razón de su sexo, a pesar de que no haya una comparación con el sexo masculino conforme de la mujer embarazada que permitiría que la denegación se considerase como sexualmente discriminatoria en el sentido técnico hasta entonces reconocido por la ley (proposición moral que invoca una norma moral de paridad). Entonces, (3) a nadie se le debe negar un trabajo en razón de su embarazo (nueva regla jurídica);
- (4) D le fue denegó un trabajo a P en razón de su embarazo (constatación de hecho); Por tanto, (5) D aún debe a P el trabajo que le fue negado, o algún sustituto que lo compense (decisión jurídica).

<sup>12</sup> Cf. Hart, H.L.A., *op. cit.*, pp. 124-54.

<sup>13</sup> Cf. Raz, Joseph, *Ethics in the public domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 326-40.

Incluí los pasos finales (4) y (5) para dejar claro que la decisión en el caso (5) es una norma jurídica diferente de la regla en la que está basada (3), incluso si el contenido de la decisión se sigue de la aplicación de la regla de constatación del hecho (4). Es una norma diferente porque tiene consecuencias jurídicas diferentes. En particular, usualmente permite a P el acceso a acciones jurídicas que no estarían disponibles si la decisión no estuviese en su favor. Es también preciso mencionar que la decisión en el caso (5) puede vincular a posteriores funcionarios incluso si la regla en la cual está basada (3) no lo hiciere. El que la regla (3) obligue o no a funcionarios posteriores depende de si del tribunal realizando el razonamiento está en un nivel tal dentro del sistema que permita crear precedentes vinculantes. Pero la decisión en (5) vincula a funcionarios posteriores incluso si quien participa en el razonamiento es el tribunal de menor jurisdicción, pues es parte de la naturaleza de un tribunal que sus decisiones vinculen aunque sus reglas no lo hagan.

Muchos malentendidos se centran en el estatus de (2) y el consecuente estatus de (3). Mucha gente se preocupa acerca de dónde el tribunal obtiene su licencia para invocar una norma moral en (2) y, de este modo, cambia el Derecho para incluir a (3). Una reacción común es probar y mostrar que (3) ya era realmente parte del Derecho antes que el tribunal la invoque,<sup>14</sup> o que de todas maneras está cubierta por algunas normas jurídicas generales que facultan su uso.<sup>15</sup> Algunas respuestas están incluso encaminadas a señalar que hay un cuerpo de Derecho que llega a existir sin que nadie lo haya anunciado, usado, o interactuado de ninguna forma con él. Esta maniobra es necesaria sólo a causa de una errada suposición de que los jueces, en tanto que sean jueces, deben toda su lealtad al Derecho. En esta suposición, la cuestión clave es: ¿Cómo, jurídicamente, los jueces llegan a estar facultados para invocar la moralidad? ¿Cuales recursos pueden adecuadamente invocar para fundamentar la premisa (2)? Pero esto invierte el orden propio de la interrogante. La cuestión clave acerca de los jueces es: ¿Cómo, moralmente, los jueces llegan a estar facultados para invocar el Derecho? ¿Cuales recursos pueden adecuadamente invocar para fundamentar la premisa (1)? Pues los jueces son seres humanos como el resto de nosotros. En virtud de ese hecho, la moralidad tiene un inevitable dominio sobre ellos. Mientras que, por otra parte, su relación con el Derecho, al

<sup>14</sup> Cf. Dworkin, Ronald, “The model of rules”, *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967, pp. 16-40.

<sup>15</sup> Cf. Coleman, Jules, *The practice of principle*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 103-119.

igual que la de ustedes y la mía, es evitable. Ellos necesitan una razón moral para mantenerse responsables ante el Derecho, pero no necesitan una razón legal para mantenerse a sí mismos responsables ante la moralidad.<sup>16</sup>

¿Qué razón moral tienen los jueces para mantenerse responsables ante el derecho? Por supuesto, tienen las mismas razones que ustedes y yo. Ellos deben aplicar el derecho moralmente justificado porque forma parte de la moralidad; ese derecho tiene la fuerza moral que se supone debe tener. Pero los jueces, y algunos otros funcionarios jurídicos, tienen razones extra-morales que van más allá de esto. Tienen razones extra-morales para respetar el derecho incluso en los casos donde en el derecho no está moralmente justificado. Puesto que los jueces se comprometieron a respetar el derecho desde que aceptaron hacer su trabajo, esto da a las normas jurídicas una fuerza extra que no habrían tenido si los jueces no se hubiesen comprometido a respetarlas. Los jueces deben tolerar algunas deficiencias morales en el Derecho que ellos no tendrían que tolerar si no hubiesen asumido, como parte de su trabajo, el respeto del Derecho. Sin embargo, ellos no deben, por la misma razón, tolerar ninguna deficiencia moral en este. Invariablemente, como en el ejemplo esquematizado arriba desde (1) a (5), los jueces deben esforzarse por mejorar el derecho al revertir o refrenar las inmoralidades introducidas por otros funcionarios, en la medida en que tengan el poder jurídico para hacerlo. Y sólo ocasionalmente, en casos de extrema inmoralidad, deben simplemente desobedecer el derecho (mientras quizás pretendan respetarlo).

En muchos sistemas jurídicos la obligación moral de respetar el Derecho que el juez prometió al asumir su trabajo está formalizada en un juramento. El contenido de tal juramento no tiene ningún valor. En muchos sistemas jurídicos los jueces toman un juramento para hacer “justicia de acuerdo con el Derecho”, o algo por el estilo. Esto no es un juramento para aplicar el Derecho. Por el contrario, es un juramento para hacer justicia, para decidir casos de conformidad con una justificación moral. Para hacerlo no se debe usurpar el rol de la legislatura, puesto que el juramento no autoriza la legislación judicial. Este autoriza cambios judiciales en el Derecho, para hacer al Derecho más justo, pero sólo cuando estos cambios son consecuencia del razonamiento jurídico, es decir, mediante el razonamiento de conformidad con el Derecho. Este es el “de conformidad con el Derecho” que es parte del juramento. Esto explica el sentido en el cual el razonamiento jurídico es un tipo de razonamiento moral. Nótese que esto sigue siendo consistente con la idea que todo Derecho está elaborado por al-

<sup>16</sup> Cf. Raz, Joseph, “Incorporation by Law”, *Legal Theory*, vol. 10, 2004.

guien. En este caso, el Derecho está hecho por alguien (un juez) que crea un nuevo Derecho usando una norma moral en su razonamiento, una norma moral que de este modo llega a ser legalmente reconocida. La moralidad no entra en el Derecho por su propia cuenta. A causa de la naturaleza del Derecho, siempre corresponde a un funcionario convertir una norma moral en una norma jurídica.

#### IV. ¿ TIENE EL DERECHO UNA MORALIDAD INTERNA?

Algunas personas se sienten atraídas por la idea de que nada es legal a menos que pase un examen moral. Esto es completamente diferente de la idea de que la moralidad a veces y de algún modo se infiltra a través del Derecho por su propia cuenta, sin la intervención de algún funcionario. Se puede aceptar que nada entra en el Derecho sin la intervención de algún funcionario, y aun así insistir que un inequívoco examen moral *también* necesita realizarse antes que alguna norma se califique como legal. Las versiones más difundidas de esta propuesta afirman que hay un valor moral o ideal denominado *legalidad*, el cual se refiere a que una norma se califica como legal sólo si exhibe este valor.<sup>17</sup> Muchos suscriptores de esta idea agregan que esa exhibición del valor de la legalidad es cuestión de grado, por lo que tales normas pueden ser *más o menos* legales.

Hay una confusión aquí. Es verdad que hay un ideal moral de la legalidad, y que el Derecho puede aproximarse a (o apartarse de) este ideal, y en ese sentido ser más (o menos) legal. El ideal, sin embargo, se aplica a las normas jurídicas porque son Derecho. No es que sean Derecho porque sean conformes con ese ideal moral. Para decirlo de otra manera, si las normas jurídicas no fueran Derecho, no podría sostenerse el ideal de legalidad en primer plano y por ello no podrían ser conforme con ese ideal.<sup>18</sup> Así que no podría darse el caso de que si las normas jurídicas no fueran conformes con ese ideal moral, no serían Derecho. De hecho, esta es una pequeña exageración. El ideal de la legalidad puede también ser usado para juzgar otras normas y sistemas de normas en la medida en que sean similares al Derecho. Pero, de nuevo, esto requiere que su parecido deba determinarse independientemente de si están o no conformes con el ideal.

<sup>17</sup> Cf. Dworkin, Ronald, “Hart’s postscript and the character of political philosophy”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24, 2004, pp. 23-27.

<sup>18</sup> Cf. Finnis, John, *Natural law and natural rights*, op. cit., pp. 363-6.

El Derecho, entonces, es siempre legal en un sentido (siempre forma parte de algún sistema jurídico), pero puede ser más o menos legal en otro sentido. No es un oxímoron, por tanto, hablar de Derecho ilegal. El que sea jurídico está determinado sin argumento moral, sólo por observar al agente que lo elabora y la manera en que se hace. El que sea ilegal en el sentido fuerte es, sin embargo, un juicio moral que uno puede hacer una vez que acepta que es jurídico.

¿Qué es el ideal de la legalidad? Es el ideal también conocido como Estado de Derecho, *Rechtsstaat*<sup>19</sup> o la “moralidad interna” del Derecho.<sup>20</sup> Es un ideal de gobierno por el Derecho, en el cual la gente puede ser guiada por el Derecho mismo y mediante la expectativa de que los funcionarios serán guiados también por él. Sus principales ingredientes son las siguientes normas: reglas jurídicas que deban ser prospectivas,\* públicas, claras y estables; decisiones jurídicas que deban estar basadas en esas reglas prospectivas, públicas, claras y estables; las reglas deben ser aplicadas por un poder judicial independiente, con facultades de revisión sobre los demás funcionarios; los tribunales deben ser públicos y accesibles; y los principios de *audi alterem partem* (“ambas partes deben ser escuchadas”) y *nemo in sua causa iudex* (“nadie debe ser juez en su propia causa”) deben ser observados.<sup>21</sup>

Es fácil ver aquí por qué los abogados, quienes tienden a estar profesionalmente comprometidos con este ideal de legalidad, deben estar moralmente inquietos acerca de la legislación judicial, o de manera más genérica acerca de la creación judicial del Derecho. Se puede decir que la creación judicial del Derecho puede violar varias de las normas arriba enlistadas. El Derecho que es aplicado en tales casos no es prospectivamente creado, y no es claro en qué momento es violado, y ni tampoco es claro en qué sentido la decisión está basada en tal derecho nuevo. El Derecho es, en resumen, inasequible para la guía de aquellos quienes supuestamente deben ser guiados por él. No sorprende que algunos teóricos estén motivados a encontrar una manera de mostrar que la premisa (2), en el ejemplo del razonamiento jurídico que señalamos arriba, sea ya parte del Derecho antes que el juez lo haga.

<sup>19</sup> Cf. MacCormick, Neil, “Der Rechtsstaat und die Rule of Law”, *Juristenzeitung*, vol. 39, 1984, pp. 65-70.

<sup>20</sup> Cf. Fuller, Lon, *The morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.

\* *N. del T.* Es decir, elaboradas con miras a regular las conductas que sucedan con posterioridad a su entrada en vigor, lo cual de manera implícita señala, en principio, la prohibición de que sean aplicadas retroactivamente.

<sup>21</sup> Cf. Raz, Joseph, *The authority of Law*, op. cit., pp. 214-9.

A decir verdad, sin embargo, el ideal de la legalidad no se afecta con la creación judicial del Derecho tan exhaustivamente como sugiere este planteamiento. Primero, hay lagunas inevitables en el Derecho y no podemos evitar dejar que los jueces las colmen. En tanto los jueces eviten legislar y en su lugar completen esas lagunas inevitables mediante el razonamiento judicial, se estarán basando en el Derecho para desarrollar el Derecho y no anularán las expectativas de nadie al respecto. Así el ideal de la legalidad no está comprometido y no puede ser frustrado. Segundo, hay demandas conflictivas dentro del ideal de legalidad en sí mismo. Algún sacrificio de claridad prospectiva en el Derecho puede estar justificado para, por ejemplo, asegurar que todos tengan un juicio justo. Finalmente y más importante, el ideal de la legalidad no es el principio y fin del éxito moral en el ámbito del Derecho. Sus normas pueden entrar en conflicto con otras normas morales que no son parte del ideal de la legalidad. En esas ocasiones, la legalidad del Derecho debe a veces ser sacrificada en favor de lograr otras reformas morales en el Derecho. En tales ocasiones, los jueces deben justificadamente apartarse del Derecho (como cuando deciden en contra de las normas) incluso si ello rompe con las expectativas de las personas. El último punto es con frecuencia pasado por alto. El paradigma del Derecho es de aquel Derecho que exhibe todas las virtudes morales que pueden ser exhibidas por las instituciones, no solo la virtud de la legalidad. Cuando el derecho puede exhibir la legalidad únicamente a expensas de otras virtudes morales, de ninguna manera se concluye inevitablemente que la legalidad deba triunfar.

## V. ¿HAY UNA OBLIGACIÓN MORAL DE OBEDECER AL DERECHO?

Hemos hasta ahora encontrado dos importantes puntos acerca de la obligatoriedad moral del Derecho (véase, LA OBLIGACIÓN DE OBEDECER EL DERECHO). El primero es que la obligación e imposición de normas jurídicas están a veces moralmente justificadas, así como cuando estas son las que crean obligaciones morales. El “a veces” aquí debe ser entendido como referido a las diferencias entre normas jurídicas diferentes, pero también a diferencias entre diferentes aplicaciones de la misma norma jurídica única. Una norma jurídica puede estar moralmente justificada cuando se aplique a una persona y no se aplique a otra, o moralmente justificada cuando se aplique a una acción y no se aplique a otra. Una regla jurídica que prohíba

pasarse la luz roja del semáforo es más relevante, moralmente hablando, cuando la luz roja está en un cruce muy transitado que cuando está en medio de la nada. En algunos casos la ubicación del semáforo puede ser tan absurda como para hacer que el Derecho, en relación con la luz roja, se encuentre moralmente injustificado, por lo que la obligación jurídica de detenerse que se crea no produce una obligación moral similar. Todos estos problemas dependen de los detalles de la situación concreta. Es difícil imaginar algún Derecho que tenga *toda* la fuerza moral que pretende tener. Incluso en las mejores de las normas jurídicas se encuentran casos donde se excede a tal grado que su aplicación está moralmente injustificada, por lo que idealmente debería ser frenada.

El segundo punto encontrado es que las personas pueden agregar obligaciones al rango de obligaciones morales que el Derecho les da cuando toman juramento o votos de obediencia, ya sea prometiendo o comprometiéndose a obedecer, o mediante otro tipo de compromiso mediante el cual se obliguen a sí mismos a prestar obediencia. A través de estos métodos, las personas pueden obligarse a sí mismas a seguir incluso normas moralmente injustificadas: normas sumamente complicadas, inútiles o excesivas, aunque probablemente no categóricamente inmorales. Las personas ya mencionadas que típicamente se encuentran en esta situación son los jueces. Pero hay otros más. Nuevos inmigrantes, policías, jefes de Estado y otros más a menudo realizan tales compromisos. Pero la mayoría de las personas no los hacen, y no tendrían por qué hacerlos. Si cada quien debiese tratar de comprometerse a sí mismo, eso podría neutralizar el efecto moral del acto del compromiso, y por ello, podría ser una intervención contraproducente.

Una larga tradición en filosofía política ha intentado de extender el alcance de tal compromiso, y por tanto de las obligaciones extra-morales que genera, para todos a quienes el Derecho se aplica, o al menos para cada ciudadano a quien el Derecho aplica. Argumentos complejos se han elaborado para mostrar cómo las personas que nunca han hecho tales juramentos u otro tipo de promesas de obedecer al Derecho, de ninguna manera deben ser tratados como si lo hubiesen hecho. La cuestión más interesante acerca de esta amplia pero malograda tradición es: ¿por qué importa tanto mostrar que las personas tienen una obligación moral extensiva de obedecer el Derecho parecida a la que tienen jueces y policías? ¿Por qué uno tendría que asumir todo esta problema para mostrar consentimiento, convenio u otro compromiso? Esto es un misterio. Parece que hay una inquietud común acerca del desorden social, acerca de la ruptura del Estado de Derecho. Esta inquietud es razonable. Pero la existencia o no de una obligación moral de obedecer el Derecho es irrelevante para un futuro desor-

den social. A lo sumo, evitar el desorden social brinda una razón a las personas para *pretender* que tienen una obligación moral de obedecer el Derecho, es decir, afirmar del Derecho una justificación moral mayor de la que realmente posee. E incluso este pretexto es defendible sólo si las personas sostuvieran que el desorden social va a afectar (lo que ellos creen que son) sus obligaciones morales. ¿Por qué lo harían? Si ellos no se preocuparan por sus obligaciones morales para no provocar desorden social, en particular su obligación de no atentar contra el Estado de Derecho, ¿por qué tendrían que cuidar de su supuesta obligación moral de obedecer el Derecho, la cual parece que es de poca importancia? Lo mismo vale para los homicidas. Si ellos no le dan peso a su obligación moral de no matar, ¿qué nos hace pensar que ellos darán más peso a su obligación moral de obedecer la norma jurídica que indica no matar? Lo que hace que tales personas se detengan es la amenaza efectiva de sanción, y si el Derecho se impone o no sobre la base de amenazas efectivas es absolutamente independiente de si hay o no una obligación moral de obedecer por parte de una persona amenazada.

El problema moral del Derecho no es el problema de cómo o por qué el derecho le habla a los delincuentes morales. El problema moral del Derecho es el problema de cómo y por qué le habla a las personas moralmente decentes. ¿Por qué, moralmente hablando, deberían ceder ante el Derecho? ¿Por qué deberían dar crédito a ancianos en pelucas, políticos clientelistas, o sujetos fornidos con escudos antimotines? ¿No es esta una rendición moralmente irresponsable de nuestro juicio moral?<sup>22</sup> Ya vimos que a veces está justificado. Pero no hay razón para pensar que siempre, normalmente o presuntamente sea así. El Derecho debe ser visto con un ojo escéptico, para ver cuán absurdo (o peor que eso) es que trate de conseguir aceptación de nosotros al afirmar su autoridad moral por sí mismo.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, “On necessary relations between Law and Morality”, *Ratio Juris*, vol. 2, 1989.  
COLEMAN, Jules, *The practice of principle*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

<sup>22</sup> Cf. Wolff, Robert Paul, *In defense of Anarchism*, New York, Harper and Row, 1970.

JOHN GARDNER

1119

- COLEMAN, Jules, y LEITER, Brian, “Legal positivism” en Patterson, Dennis (ed.), *A companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Oxford, Blackwell Publishers, 1996.
- DWORKIN, Ronald, “The model of rules”, *University of Chicago Law Review*, vol. 35, 1967.
- \_\_\_\_\_, *Law's empire*, Cambridge-Mass., Harvard University Press, 1986.
- \_\_\_\_\_, “Hart's postscript and the character of political philosophy”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 24.
- FINNIS, John, *Natural law and natural rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980.
- \_\_\_\_\_, “Law as Co-ordination”, *Ratio Juris*, vol. 2, 1999.
- \_\_\_\_\_, “Aquinas' Moral, Political and Legal Philosophy”, Edward N. Zalta (ed.) *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2005, en <http://plato.stanford.edu/entries/aquinas-moral-political/>.
- FULLER, Lon, *The morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964.
- HART, H.L.A., *The concept of law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.
- HONORÉ, Tony, “The dependence of morality on law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 13, 1993.
- MACCORMICK, Neil, “Der Rechtsstaat und die Rule of Law”, *Juristenzeitung*, vol. 39, 1984.
- POSTEMA, Gerald, “Law's autonomy and public practical reason”, en George, Robert (ed.), *The autonomy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1999.
- RAZ, Joseph, *The authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979.
- \_\_\_\_\_, *The morality of freedom*, Oxford, Clarendon Press, 1986.
- \_\_\_\_\_, *Ethics in the public domain*, Oxford, Clarendon Press, 1994.
- \_\_\_\_\_, “Incorporation by Law”, *Legal Theory*, vol. 10, 2004.
- WOLFF, Robert Paul, *In defense of Anarchism*, New York, Harper and Row, 1970.