

1. EL POSITIVISMO INCLUYENTE DE H. L. A. HART

1. **U**NA VEZ QUE HEMOS FINALIZADO EL DESARROLLO DE LA OBRA DEL profesor H. L. A. HART, podemos mirarla en perspectiva y percatarnos que nuestra empresa de hacer un recorrido por el entramado teórico desarrollado por éste filósofo del derecho nos ha dejado muchas enseñanzas respecto de nuestra comprensión de lo que nombramos con la palabra derecho, una breve visión de conjunto nos ayudará a reafirmar estas enseñanzas.

Su punto de partida que también fue el nuestro lo constituyó el pensamiento de John AUSTIN, cuyo carácter dominante en el derecho anglosajón marcó toda una época de cómo comprender y practicar al derecho. Pero la simpleza con la que el jurista AUSTIN definía al derecho y a la clave de la jurisprudencia como órdenes respaldadas por amenazas dictadas por un soberano ilimitado, no pudo dar cuenta plena del funcionamiento del derecho. Por ello el profesor HART luego de una crítica a detalle de la obra de AUSTIN dio inicio a la descripción teórica del derecho como un sistema normativo integrado por reglas primarias y secundarias.

La teoría de HART partió del hecho de que para explicar al derecho por lo menos se requieren dos tipos de reglas; las primarias que establecen los derechos y deberes, y las secundarias, que son las que permiten la modificación de las reglas primarias, las que confieren poderes y potestades, y las que facultan a la autoridad para su aplicación a un caso concreto. Empero, el derecho no está dirigido solamente a ciudadanos cultos y peritos en la materia, por lo que era menester explicar cómo los agentes a quienes se dirigen las reglas las conocen, y para ello se valió del aspecto interno y externo del derecho, y principalmente de la regla de reconocimiento.

Epílogo

El punto de vista interno es la percepción que tienen los agentes que forman parte de la sociedad regulada por ese orden; en tanto que el punto de vista externo es aquel en que los agentes son observadores que no pertenecen a la sociedad regulada por ese orden normativo. Este último punto de vista nos proporciona regularidades observadas en la conducta de los agentes, pero no nos ayuda a describir plenamente el funcionamiento del derecho, por lo que es menester recurrir al punto de vista interno, el cual está vinculado a una manera de identificar lo que el derecho ordena, impide, o limita, de lo que una regla moral o de etiqueta ordenan. Pero para explicar la distinción, fue necesario crear a la regla de reconocimiento, cuya aportación a la comprensión del derecho como sistema normativo fue muy importante.

Recordemos que la regla de reconocimiento nos permite identificar una regla de derecho, ya sea porque forma parte del cuerpo de derecho escrito, por su origen, o por una marca congénita a las reglas que pertenecen al sistema normativo, a lo que se denomina sentido interno, siendo este sentido interno y la regla de reconocimiento los principales medios o instrumentos para identificar al derecho que debe cumplirse.

El sistema normativo había logrado ser explicado en cuanto a sistema de reglas primarias y secundarias, así como en la manera de poder identificar las reglas jurídicas de cualquiera otra, pero quedaban problemas pendientes que solucionar, entre ellos los relacionados con el lenguaje. Recordemos que hemos mencionado la textura abierta del lenguaje como un problema al que el derecho tiene que enfrentarse, pues aunque el derecho en su construcción normativa utilice conceptos técnicos, necesariamente también emplea el lenguaje ordinario, e incluso muchos de los términos son también usados en la moral, lo que puede conducir a equívocos.

El problema del lenguaje es solucionado en la praxis mediante la interpretación y la labor creadora de los jueces en ejercicio de sus facultades discrecionales, claro que éstas no son ilimitadas, están sujetas al conocimiento y pericia del juez, además del uso de las reglas.

La cuestión de la textura abierta del lenguaje nos llevó directamente a dos problemas, el primero relacionado con la incertidumbre ante los casos cuya solución no se encuentra prevista por la praxis legal, los cuales se ubican en la zona de penumbra del derecho; y el otro más complicado tiene que ver con la separación conceptual entre el derecho y la moral, cuyo tema fue central

Derecho y moral. Estudio introductorio

en esta tesis, y sobre el que desarrollamos el porqué de esta separación conceptual.

No olvidemos que la idea de un mínimo de moral del derecho nos ha permitido explicar algunas de las razones por las que los ciudadanos cumplen con las reglas, pero también tengamos presente que para poder describir al derecho podemos prescindir de la moral aunque sea a nivel conceptual, de allí la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral; distinción que permite que la moral pueda ser un referente para la corrección de lo jurídico. Y finalizamos este capítulo con una breve referencia a la obra del post-scriptum del derecho, donde centramos la atención en el debate entre HART y DWORKIN.

La labor de la teoría descriptiva creada por el profesor Hart puede mediante quienes ejercen la abogacía dar el salto a la praxis y trocarse en un conocimiento para la vida. Pues si aplicamos las enseñanzas que la lectura de la obra de HART nos aporta podremos concebir la unidad y lo sistemático del derecho en nuestro aprendizaje de éste. Nos percataremos que éstas construcciones teóricas tienen una aplicación práctica al convertirse en instrumento para los abogados, y en medios que nos permitirán un conocimiento más amplio del derecho, y quizás mayor facilidad para elaborar razonamientos que aprovechen la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, y la idea de la moral como un referente para la corrección del derecho. Entonces haremos de este saber un medio-instrumento que contribuyan a hacer del derecho una institución social más apegada a la mejor idea de justicia.

2. Quizá nos hayamos preguntado por qué cumplimos con el derecho, y es probable que si se lo preguntamos a alguien más solo tenga una respuesta difusa referida a la sanción, que solo en tratándose de la materia penal podría responderse que es evidente que es el temor a una sanción, ¿pero en los demás casos sobre todo aquellos en que la sanción no es evidente cómo explicaríamos nuestra normal obediencia al derecho? A tal cuestionamiento pretendiendo responder desde el pensamiento del profesor HART podemos decir que los casos en que hay cumplimiento de las reglas de carácter espontáneo, si alguien cuestiona a la persona que ha cumplido con lo establecido en dicha reglas ésta responderá justificándose que ha dado cumplimiento a la regla por ser lo correcto dentro de la sociedad en que vive. Y en efecto, puede argumentarse que el derecho al establecer sus propios valores mediante las reglas

Epílogo

que lo conforman pueden estos coincidir (o no coincidir y ser derecho, como veremos adelante) con los valores morales imperantes en la sociedad.

Sin embargo, la obediencia al derecho no es resultado del enfrentamiento de los sistemas de valores jurídicos o consignados en la norma, y los valores morales¹. Sino que para poder explicar la normal obediencia al derecho tenemos que considerar el punto de vista interno del sujeto que ha de realizar la conducta establecida en la norma, así como el sentido interno de las reglas, y la regla de reconocimiento, de las cuales se ha dicho que nos permiten distinguir las reglas jurídicas (en razón del pedigrí y el sentido de pertenencia al sistema jurídico) de las reglas morales.

En lo que se refiere al sentido interno debemos tener claro que es diferente entre una y otra persona que debe distinguir una regla jurídica de una moral o convencionalismo, pues por preparación y profesión serán más hábiles y certeros para ello los jueces y abogados, que el ciudadano común. Por lo que dicho sentido interno aún no tan desarrollado puede llevar a la gente a realizar conductas espontáneas, las cuales justificará que las ha hecho en cumplimiento a lo ordenado por las reglas jurídicas aún cuando no sea cierto.

En los casos en que coincidan derecho y moral no habrá problema para explicar la obediencia al derecho, e incluso podría sostenerse que en existe un mínimo de moral que hace que se cumplan. Pero la obediencia al derecho no puede reducirse a que todas las normas tengan un contenido moral, pues el derecho es un sistema jurídico normativo independiente en el que aún las reglas contrarias a la moral pueden existir y ser válidas siempre que cumplan con los requisitos de validez del sistema. Por lo que aún reglas contrarias a la moral serán derecho, y los sujetos a quienes se dirijan serán constreñidos a su cumplimiento.

Por lo que para poder explicar cabalmente la obediencia al derecho es menester recurrir no solo a la percepción del agente (mediante el sentido interno y la regla de reconocimiento), sino también a la idea de autoridad y a la de

¹ La distinción tajante que al seno del positivismo ha imperado al distinguir entre lo que es y lo que debe ser, como radicalmente opuestos, correspondiendo el primero al derecho, y el segundo a la moral, ha repercutido en categorías irreconciliables, que no sostienen argumentativamente esta distinción, sino es únicamente por el mote común de positivismo. *Vid.* HART, H. L. A. *Derecho y Moral, Contribuciones a su análisis*. trad. Genraro R. Carrió. Buenos Aires, Argentina. Depalma, 1962, págs. 56-59.

Derecho y moral. Estudio introductorio

sanción como el medio más efectivo que se ha utilizado para constreñir al cumplimiento del derecho; por lo que si bien es cierto que:

- a) La sanción no puede explicar todas las formas de obediencia al derecho, tampoco pueden hacerlo:
- b) La idea del mínimo de moral en el derecho, y menos:
- c) Que el cumplimiento sea por razones de convicción moral del sujeto.

Por lo que para poder describir el problema habremos de recurrir más a: a y b, que a c.

3. Si HART sostiene la separación conceptual entre el derecho y la moral, es porque en su discurso en lo que se refiere al plano de lo fáctico se percata que no es posible mantener una separación tajante entre la moral y el derecho, pues admite que pudieran existir nexos en los niveles de estructura normativa, de sistema jurídico, o por el origen de la norma jurídica. Por lo que se concede que hay puntos en los que la separación no es posible sino a nivel teórico como labor descriptiva; empero, la regla de reconocimiento no pierde su utilidad como la indicadora de lo que es jurídico, puesto que aún cuando existen elementos comunes entre ambos sistemas normativos no deben de confundirse, pues de hacerlo se tendría a todo lo jurídico por moral², y se vendría abajo toda la labor teórica-descriptiva de lo que la voz derecho nombra, y con ello la comprensión que del derecho tenemos.

Como consecuencia perderíamos a la moral como criterio referencial para la crítica del derecho, y con ello toda posibilidad de enmendar el derecho que confundido con la moral puede ser sostén formal (en cuanto estructura que el Estado sostiene) de los regímenes más crueles. Por esto es necesario para el pensamiento hartiano sostener esta separación conceptual entre el derecho y la moral, y de ésta manera introducir el ámbito referencial de la moral para la crítica del derecho que es.

Aquí, la labor del jurista no se limita únicamente al aspecto científico defendido por Kelsen, que debe ser de carácter estrictamente descriptivo sin considerar para su estudio elementos ajenos al propio derecho concebido como sistema autopoiético y autorreferencial normativo. Implica también

² LAPORTA, Francisco. *Entre el Derecho y la Moral*. Segunda edición, México, Distrito Federal. Fontamara, 1995, p. 28.

Epílogo

para el conocedor del derecho, el saber de la distinción conceptual entre la moral y el derecho, e indagar de la función crítica de la moral respecto del derecho, todo ello sin salir de la corriente iuspositivista incluyente sostenida por HART.

4. Del incumplimiento de una regla no debemos inferir que no se cumple con los fines establecidos en ellas, y de ello pretender que por lo tanto dichas normas no existen, o considerar que solo existe el derecho que es aplicado por los tribunales. Ambas concepciones, tanto la escéptica como la realista nos conducen al error de inducir lo que en algunos casos sucede a una expresión de carácter general, que la práctica demostraría que es equivocada.

En ambos modelos de interpretación (formalista y escéptico) de las normas se da mayor importancia al sentido objetivo de las reglas, en tanto, el sentido subjetivo así como el sentido interno no son considerados. Hart sí considera todas estas perspectivas que el derecho tiene, y en su modelo de las normas, en el que parte de la textura abierta del lenguaje para estructurar dicho modelo concibiendo una zona de certidumbre, así como una de penumbra jurídica, también pone en evidencia lo simple y poco acertado de la teoría de la predicibilidad, así como la concepción mecanicista del derecho. No limitándose a la crítica, introduce la participación del sentido subjetivo y el interno, los que cobran su importancia al momento de distinguir las reglas jurídicas de las morales, así como las razones que los ciudadanos puedan tener para dar cumplimiento al derecho.

5. La tesis de las fuentes sociales implica entre otras cosas el uso de un lenguaje y conceptos valorativamente neutros, así como partir del derecho como un hecho social, y ambos elementos se encuentran en la obra del profesor HART.

Empero, para describir el derecho que es, se deben abstraer las relaciones complejas que pudieran darse entre derecho y moral y mediante una tesis que sostenga su separación conceptual poder realizar la labor teórica del filósofo del derecho. Esto le permite acercarse a posturas iusnaturalistas y admitir que algunas de las relaciones entre derecho y moral que dicen que existen no tendrían inconveniente en ser aceptadas por algunos positivistas (flexibilidad teórica que lo pone del lado de los positivistas incluyentes), pero que independiente de ello el derecho es tal en cuanto a sus propios criterios de validez normativa. De allí que para dar cuenta plenamente del derecho aún desde la

Derecho y moral. Estudio introductorio

perspectiva descriptiva deba sostenerse que exista una distinción entre derecho y moral aún cuando solo sea de carácter conceptual.

La distinción conceptual entre derecho y moral da cuenta también de las complejas relaciones entre los valores jurídicos de justo e injusto en relación con los valores morales de bueno o malo, así como la justicia distributiva. Hemos mencionado en el apartado correspondiente las complejas relaciones que se dan entre valores morales y jurídicos, y sostenido que a pesar de ello siempre es posible distinguirlos, de allí que el derecho puede ser malo en sentido moral, pero es derecho, así que en estos casos la moral puede funcionar como referente para la corrección del derecho, siempre que se le tenga como horizonte ideal, de lo que el derecho debe ser.

6. Si bien no fue una preocupación de HART el proponerse demostrar el carácter científico del derecho, si queremos aclarar que el hecho de que haya una distinción conceptual entre el derecho y la moral, no significa que el derecho haya perdido su independencia como disciplina con carácter científico, por el contrario; si se han ampliado las fronteras de lo que denominamos derecho ha sido precisamente por el afán de explicar de manera más precisa lo que el derecho es.

La obra *El Concepto del Derecho*, no solo representó una nueva manera de describir lo que el derecho nombra, fue también un cambio radical en algunas maneras de explicar las relaciones al interior del propio derecho, también fue la construcción de términos y teorías que nos ayudaran a comprender lo que es el derecho, pero en esta construcción debemos tener claro que si la pureza del derecho no ha sobrevivido plenamente, tampoco se ha permitido que lo que se había ganado antes en cuanto a método y construcción de disciplina se perdiera. Podemos afirmar que la obra del profesor HART ha sido la superación de las teorías anteriores que probablemente se quedaron cortas por no dar cuenta plenamente de su objeto de estudio: el derecho.

II. EL POSITIVISMO EXCLUYENTE DE JOSEPH RAZ

1. Indudablemente que el análisis lógico de la estructura del derecho nos aporta muchos elementos para poder tratarlo con conceptos valorativamente

Epílogo

neutros, aunque junto al análisis lógico y como parte de la tesis de las fuentes sociales sustentada por el profesor RAZ, esta tiene su otro punto de partida en el derecho como un hecho social. Aunque puede ocurrir que si prestamos demasiada atención al aspecto analítico del derecho y a la construcción de un lenguaje neutro podemos perder de vista precisamente al complejísimo hecho social, especialmente la dimensión de lo humano, que es a quien el derecho va dirigido.

2. Aún cuando se tenga una percepción relativa de lo ético y lo moral, y solo se le conciba en un tiempo y espacio determinado, aún en esa pequeña dimensión su función como freno a la construcción normativa en algunos de los regímenes jurídicos ha sido de gran importancia y no debe dejarse de lado esta función. Ciertamente es que enfrentamos severos problemas cuando se admite un ingreso desmesurado de la moral y la ética a la teoría del derecho, pues en este caso podría llegarse a los siguientes extremos:

- a) Que el filósofo del derecho fuera legislador, o al menos que su obra sea considerada al momento de legislar (algo casi utópico, sobre todo si el lenguaje empleado es árido y especializado); y/o
- b) Si se supradimensiona al sujeto dándole un valor ético y moral único, entonces tendríamos que someter a la consideración personal de quien está obligado por el derecho todas las decisiones que el derecho toma por nosotros y que se presumen correctas.

Esto último con los riesgos que implican el no tener el tiempo, la experiencia y en algunos casos la capacidad para poder tomar la decisión correcta.

Podemos sostener que en la mayoría de ocasiones es mejor hacer lo que la razón protegida ordena. Empero, (me salgo de la postura descriptiva de Raz y hago el siguiente planteamiento hipotético) en aquellos casos en que sí se tienen el tiempo y capacidad para poder tomar la decisión correcta, y después de haber sometido al balance las diversas razones que concurren, se encuentra que la razón protegida aún en su carácter de excluyente no es la más idónea, podríamos optar por no considerar los méritos del caso. Pero si fuera el caso de que ya los consideramos y nuestra razón de primer orden difiere, entonces lo correcto éticamente para nosotros sería hacer lo que la razón de primer

Derecho y moral. Estudio introductorio

orden, e incluso es probable que el fin o propósito de la razón protegida se cumplan aunque por un camino diverso.

Esto a mi parecer no es un desafío a la autoridad del derecho, pues incluso aún cuando a la norma le preceda una justificación y un balance de razones integrado a lo jurídico mediante la razón operativa, es probable que lo establecido por ella no sea lo más adecuado a los propósitos más convenientes tanto en el ámbito privado como en el público, por lo que en razón de esa falibilidad normativa debe considerarse como posibilidad que en un caso de excepción la razón de primer orden subjetiva se cumpla en lugar de la razón protegida excluyente de segundo orden, aunque para cada caso de excepción se deba aducir lo necesario por el interesado a efecto de demostrarlo.

3. Es probable que una de las más importantes aportaciones a la comprensión del derecho haya sido la idea de las razones. Veamos, si pretendemos explicar la normal obediencia al derecho (como ya lo hemos analizado en las conclusiones a HART), podemos referirnos a la sanción, con base en la cual el profesor Hans Kelsen explica la obediencia del derecho: la gente cumple con la norma por el temor a ser sancionado. Siguiendo al profesor HART, podemos considerar que la gente cumple con las normas jurídicas debido a la idea del mínimo de moral que las normas jurídicas deben tener, o que se cumple con ellas porque incluso puede sentirse moralmente constreñido a hacerlo. Pero al menos para la labor descriptiva de la teoría jurídica es probable que ninguna de estas explicaciones de cuenta cabalmente de la obediencia al derecho ape- gándose lo más posible a su objeto de estudio.

En tanto que para el profesor RAZ lo que explica la normal obediencia al derecho, es que siempre tenemos una razón para hacer u omitir algo, esto es, una razón para la acción, esta razón operativa-instrumental puede ser una creencia, un gusto, un mandato, una prohibición, o una limitación. Refiriéndonos en términos jurídicos a la razón protegida, tal razón lo es en cuanto que el derecho tiene autoridad vinculada con el poder que detenta la autoridad-Estado, por lo que las razones excluyentes de segundo orden aún cuando no coincidan con el mínimo de moral deben ser cumplidas, ya que se establecen con la expectativa de que sean guías de conducta. Aunque se admite que el cumplimiento de lo establecido en la norma pueda deberse a una razón diferente.

Epílogo

El avance es que las razones están en un nivel antes que la sanción y el mínimo de moral, y por ello pueden ser elementos conceptuales que permitan describir al derecho de una manera más apegada a la realidad tanto como norma, como sistema normativo, y en ambos casos en cuanto a la obediencia al derecho.

Detengámonos e indaguemos en esto. En mi vida realizo muchas acciones, y casi todas ellas implican el concurso de mi voluntad, por lo que puede decirse que han sido previamente pensadas. Estas acciones son realizadas porque ha existido algo que me ha llevado a su realización, ese algo puede ser desde el simple gusto, una creencia, convicción, necesidad, orden, limitación, temor...etc., cada uno de estos motivos que nos han impulsado a realizar la conducta constituyen o son razones, todas ellas nos han hecho actuar de determinada manera. Por lo que en las razones podemos encontrar la explicación de nuestra conducta al menos en lo que apreciamos externamente.

Por su parte la norma es un concepto complejo que puede ser explicado en su base o al menos en una parte por la tesis de las razones. Veamos, si cada razón nos lleva a hacer algo, entonces en nuestras razones para la acción hay algunas de carácter instrumental que nos ayudan al logro de propósitos determinados, pero también pueden ser valiosas porque la acción realizada coincida con un propósito ético, moral o estético. La norma jurídica también nos impone la realización de ciertas conductas, y nos prohíbe otras, en ella subyacen diversos propósitos (razones):

- a) Los de coordinación tienen que ver con la razón del tipo instrumental.
- b) Los valiosos para la salvaguarda personal o colectiva, que son del tipo de razones operativas, y.
- c) Las que implican estas y algunas más son razones completas.

Pero las razones que se establecen mediante la norma jurídica no son de tipo optativo, son razones para la acción y excluyentes, con la autoridad suficiente como para que deba ser cumplida, pues al crearse la norma no solo se hace con el propósito de que se le tome en cuenta, sino que funja como guía de conducta, y que la previsibilidad y justificación sean factores determinantes en el balance de razones al que puedan ser sometidas. En este orden de ideas, la razón puede dar cuenta del funcionamiento del derecho.

Derecho y moral. Estudio introductorio

También como directivas para la conducta procuran certidumbre y seguridad jurídica a los ciudadanos que se rigen conforme a ellas, por lo que los ciudadanos pueden prever que de acuerdo a las normas establecidas si hacen <a>, entonces será y no <c> o <d>, lo que liga a esta idea de directiva de conducta con las tesis de los derechos adquiridos y el principio de irretroactividad jurídica.

4. Son posturas vinculadas a la tesis social de las fuentes del derecho el considerar a éste como un hecho social, tal como es, no como debería ser. Resulta de ello una teoría descriptiva que prescinde de la moral para la explicación del derecho, al menos como explicación teórica, esto no implica que justifique los errores o limitaciones del derecho como institución social.

Entre estas descripciones que del derecho se hacen quizá las que más polémica han suscitado son aquellas que refieren al tratamiento de los casos individuales en que las razones generalizadas mediante la norma jurídica pueden afectar al individuo en sus derechos, y por lo tanto, requieren una atención más esmerada para que sea posible conocer las razones que puedan tener en su caso específico. A este tipo de casos se le denomina difíciles.

El positivismo explica que en la mayoría de sistemas jurídicos existen excepciones y doctrinas que permiten a los individuos poder argüir en su favor en casos de este tipo, pero queda al interés de las partes el hacer uso de esos recursos legales que el derecho pone a su alcance, pues en una relación de costo beneficio institucional es mejor procurar certeza a una generalidad que incertidumbre.

Esta situación nos coloca en el caso de lo que el profesor DWORKIN sostenía con la existencia hipotética del Juez Hércules, quien tenía tanto el conocimiento, tiempo y la paciencia para poder elaborar complicadas teorías que explicaran la necesidad de salvaguardar determinados derechos que para las doctrinas existentes habían pasado inadvertidas. En tanto que el profesor RAZ no es de la opinión que se debiera hacer esto como parte de la teoría del derecho, lo cual no implica el no percatarse de las limitaciones del derecho en su praxis, pero la labor del filósofo del derecho (al menos de quienes hacen teorías descriptivas) es la de describir al derecho tal como funciona, como es.

Por lo que si se dice que en la mayoría de los sistemas existen medios para hacer valer los derechos de los individuos que consideran tener razones no contempladas en el sistema jurídico, se debe explicar como funcionan estos

Epílogo

medios que crean excepciones a la aplicación general de las razones mediante el sistema jurídico, cuáles son los procedimientos, los efectos y consecuencias mediata e inmediatas. Y un punto importante es tener presente que el profesor RAZ no trata del asunto de los casos difíciles, por lo que no elabora una explicación de ello, cuestión que ocupa gran parte del pensamiento del profesor DWORKIN.

5. Con el profesor RAZ existe un notable avance respecto a la concepción del derecho como institución social y como sistema. Cuando mencionamos al derecho no solo nos referimos a las normas jurídicas que integran un sistema normativo, sino que en la voz están implicadas las instituciones mediante las cuales el sistema jurídico puede funcionar como el orden social más importante. Las instituciones como hemos visto en el tema correspondiente se han dividido en dos principales, las de aplicación y las de creación, con estas instituciones nos referimos también a la idea de autoridad, autoridad de parte de las instituciones que se encargan de aplicar las normas jurídicas, y autoridad del derecho como orden social que se establece como razones protegidas y guía de conducta.

La idea de autoridad del derecho guarda relación con cada una de las partes que integran a la concepción sistémica del derecho, así las razones dan cuenta de lo que subyace a la norma jurídica. En tanto, la idea de sistema jurídico se refiere a la concepción integral y sistémica del derecho en que son parte fundamental las instituciones aplicadoras y creadoras del derecho y su relación con el Estado en cuanto son parte de la estructura que lo integra, normalmente en lo que denominamos poder judicial. Por su parte, las razones (razones operativas, instrumentales, completas, para la acción, excluyentes), junto con los supuestos (previsibilidad y justificación) y contenido (derecho, obligación, facultad) de las normas nos permiten explicar en gran parte el carácter de las normas como directriz o guía de conducta. A su vez la idea de autoridad, el carácter excluyente y la pertenencia a un sistema normativo, y sus instituciones que pueden constreñir al cumplimiento de la norma nos permite explicar el carácter autoritativo, la juridicidad y la vinculatoriedad del derecho.

Por otra parte, la idea de la autoridad del derecho cobra sentido cuando se refiere a los agentes a quienes va dirigido, y para ello resulta de gran importancia la idea de razón práctica, que como inferencia nos permite poder

Derecho y moral. Estudio introductorio

determinar cuáles son las razones establecidas por el derecho y que deben cumplirse por tener el carácter de ser órdenes autoritativas expresadas mediante razones protegidas. Así la teoría del derecho al menos en su aspecto descriptivo que lo explica como un hecho social que es, se remonta a sí mismo como fenómeno y objeto de estudio para poder explicarse.

6. La razón impone un motivo para actuar en su carácter de razón para la acción, un valor en cuanto razón operativa, no admitir otra en tanto razón excluyente, y se antepone como razón de segundo orden, y todas juntas como razón completa. De tal manera que las razones nos dan los elementos para conocer y estudiar por separado la estructura de la norma, y éstas son del tipo: normas de mandato y de no mandato, las cuales integran sistemas normativos, los que institucionalizados nos permiten explicar a los sistemas jurídicos en el que la razón es protegida en tanto que ante su incumplimiento normalmente viene la sanción.

Esta es nuestra situación, hemos avanzado hasta este punto, empero, toda la estructura normativa no es suficiente para poder explicar la vigencia y validez de la norma, por lo que nos ocupamos en este apartado de estas cuestiones.

El sistema jurídico, o al menos las normas se nos presentan como existentes en sentido ontológico en el momento en que se manifiestan mediante algún acto concreto que puede ser una obligación, derecho efectivo, facultad, sanción o limitación a la conducta. En este sentido la norma en relación con otras normas existen y forman lo que denominamos sistema, consecuencia de esto es la evidente existencia del sistema, pero no ocurre lo mismo con la vigencia y validez de las normas.

La vigencia de la norma se ha pretendido explicar en relación a su eficacia, esto es, con base en el cumplimiento de lo ordenado o prohibido por las reglas, describiendo que en muchos de los casos se cumple con el deber consignado en la norma como resultado del temor a la sanción, el cálculo de daño-beneficio, o el análisis de la razón completa que subyace a la norma; y en algunos casos es quizá el elemento subjetivo de intención por coincidencia con intereses personales o convicciones éticas las que hicieron posible tal cumplimiento. Esto lo explica desde las perspectiva del ciudadano, pero no es la misma explicación para el encargado de hacer cumplir la norma, pues a él no son sus convicciones subjetivas las que deben constreñirlo a cumplir con

Epílogo

la norma, aún cuando en el fondo como conjunto se requiera su credibilidad, el elemento inmediato que debe hacerlo cumplir es su inserción en el sistema normativo, su conocimiento del funcionamiento, de sus deberes, y de la función que debe realizar como integrante de la institución aplicadora.

En este sentido la idea de la sanción como elemento que hace que se cumpla con la norma no es una condición suficiente. Se menciona una condición adicional sugerida por el profesor HART que tiene que ver con que sean al menos los funcionarios del sistema quienes acepten las normas y guíen su conducta de acuerdo con ella, siguiéndose de esto que el derecho de una comunidad es tal solo si los sujetos normativos actúan conforme a ellas, y también los funcionarios establecidos por ellas las siguen³.

De la aseveración anterior se analizan las consecuencias:

- i) Se distingue entre la práctica del sistema como tal, de la práctica de todas sus normas que lo integran, asignando un peso más a las actividades de funcionarios e instituciones.
- ii) Cada sistema requiere de un criterio de validez para determinar qué normas pertenecen a él, siendo en los institucionalizados el de la relación que las normas tienen con los criterios de validez de las instituciones.
- iii) La vigencia sistémica (en el sentido de eficacia) depende de que el sistema sea practicado, y para ello sus normas deben ser eficaces en su mayoría.

La validez de las normas en la mayoría de los sistemas normativos está determinada por los propios criterios establecidos en el sistema normativo, los cuales pueden ser: de pedigrí, de pertenencia al sistema, la regla de reconocimiento, o referidas a las actividades y funciones de las instituciones creadoras, siendo que en cada caso la norma se remite a su propio criterio que la valida. En este punto se distingue entre validez, práctica y vigencia; una norma practicada dentro de un sistema jurídico es vigente en tanto se observa, pero una norma válida perteneciente a un sistema que no corresponde al de la sociedad que se trate por ser un hecho histórico no puede imponerse como

³ RAZ, Joseph. *Razón Práctica y Normas*. trad. Juan Ruiz Manero. Madrid, España. Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 145.

Derecho y moral. Estudio introductorio

práctica, y no puede inferirse de su validez la práctica, pues falta el elemento vigencia.

En tanto que el sistema sea vigente la validez de una norma es importante; la práctica, validez y vigencia no explican por sí la observancia de las normas, y es menester para completar la explicación agregar el elemento autoridad, el cual mediante las instituciones aplicadoras se manifiesta siendo el encargado para aplicar las normas y resolver las controversias. Aunque a su vez la autoridad como encargada de hacer cumplir las normas requiere que sea practicado, y aunque la practica no sea todo, es necesaria para la eficacia de los sistemas institucionalizados⁴.

III. EL ANTIPOSITIVISMO DE RONALD DWORKIN

1. Algunas de las consecuencias de concebir el orden normativo como un sistema de derechos en que los principios morales son parte fundamental del derecho, y dichos principios se encuentran entre sí relacionados de forma horizontal y no jerarquizados, tiene como consecuencia que en caso de que haya controversia respecto a la aplicación de algunas normas que contradigan a los principios, no solo se deberá aducir por el interesado los razonamientos legales que tiendan a limitar el efecto de la norma, sino también los morales o de principio que demuestren su existencia y por ende su respeto, pues de lo contrario le serían violados.

En estos casos el Juez debe tener una postura integral del derecho, y realizar una labor constructiva, lo que implica crear teorías que demuestren la existencia de los principios morales como parte del derecho, y al hacerlo obrar como quien participa en la creación de una novela en serie (tarea fácil para Hércules, pero casi imposible para un Juez humano), y con ello no violar el principio de irretroactividad.

Para lo anterior debemos partir al menos de las siguientes dos consideraciones:

⁴ *Ibid*, Cfr. p. 145-148.

Epílogo

- a) Que no existe un catálogo donde se encuentren los principios establecidos y puedan conocerse de antemano.

Por lo que quien pretenda demostrar que estos principios forman parte del sistema jurídico deberá hacerlo argumentando primero cuál es el principio, su contenido, sus efectos, y demostrar por qué deben prevalecer respecto de lo establecido por la norma.

- b) Para el sistema jurídico el salvaguardar los derechos basados en principios respecto de la generalidad de las normas trae como consecuencia que debe anteponerse la tesis de los derechos al de las obligaciones.

Pero si tal cuestión fuera correcta, entonces el derecho como institución debería variar sus propósitos, y de ser la institución social más importante encargada de cuidar que el derecho como guía de conducta se cumpla, entonces, debería partir de reeducar a los ciudadanos para que estos al conocer sus derechos y sus obligaciones se espere de ellos un cumplimiento espontáneo sin que deba recurrirse a la fuerza del derecho para su cumplimiento. Esto es que la superación moral del orden jurídico debe ser también la superación moral de los individuos a quienes el derecho se dirige.

2. El tema de la juridicidad del derecho y del por qué los jueces aplican las normas que se encuentran en los códigos y leyes, y también el por qué los ciudadanos normalmente observamos las normas realizando determinadas conductas y evitando otras, o lo que en otros términos es la pregunta: ¿cuál es el origen del deber (entendidos como obligaciones) y de los derechos? La explicación inmediata-aparente-crítica tal como lo admite el profesor DWORKIN está en que son las normas que se encuentran compiladas en las leyes y códigos las que imponen la obligación a los jueces de aplicarlas para resolver los casos que se les presenten; estas mismas son las que imponen a las personas las obligaciones y los derechos que tienen (en forma de derechos subjetivos). Pero la respuesta anterior solo satisface a quienes parten de una concepción del derecho como un sistema que se encuentra separado de lo demás, de su origen social.

Analicemos con más detalle, el profesor DWORKIN pretende llegar a lo que subyace a la obligación que tienen los jueces de hacer algo como aplicar la

Derecho y moral. Estudio introductorio

ley al caso concreto que se les presente, y al por qué obedecemos las normas. Comienza por distinguir los siguientes supuestos de modo general: <debe o no debe hacer algo>; <alguien tiene la obligación o el deber de hacer algo>; <o no tiene ningún derecho a hacerlo>; <debería hacer algo>. Cada una de estas proposiciones tienen diferente connotación; son más fuertes las exigencias de deber que las que simplemente se refieren a debería. Se puede exigir obediencia a una obligación o a un deber, pero no cuando son en sentido general (es decir deber en sentido débil que se origina de una regla no institucionalizada y que no forma parte del sistema normativo aplicado y respaldado por el Estado).

Distingue entre obligación en sentido general o débil y en sentido fuerte: en sentido general esta no es obligatoria para las personas, pues solo funciona como indicador o idea referente, en cambio en sentido fuerte impone la observancia de ese deber u obligación. Así un juez cuando actúa en su calidad de tal se ubica en el supuesto de sentido fuerte del deber; en tanto que si no hay una norma clara y aplicable al caso que se le presenta tiene que recurrir al sentido débil del deber y ubicarse en el supuesto de <debería hacer> resolviendo dicho caso conforme a principios tanto morales-éticos como directrices.

Pero a nuestro juicio si lo que se pretende es crear una teoría jurídica prescriptiva que introduzca elementos como principios morales y directrices políticas al seno del derecho, el punto de partida para su elaboración debe remontarse a una situación ética originaria que subyazca al discurso jurídico, por lo que al preguntarnos por qué los jueces tienen tal deber (en sentido fuerte) no se responda –tal y como hemos anotado– que porque una ley así lo establece, esta se funda en una constitución y esta finalmente en el pacto social.

Pero lo que pretendemos es encontrar la razón o razones y no peticiones de principio que nos permita fundar el por qué de ésta forma actúan los jueces, los abogados y las personas. No desconsideramos que el derecho como sistema normativo tiene la tendencia a funcionar en una forma lógico-sistemática dentro de sí. Pero el problema está aquí: ¿qué hay detrás de las normas creadas por el legislador que nos obligan en sentido fuerte a cumplir con ellas?

Podemos partir de las prácticas sociales para encontrar la respuesta, estas denominadas prácticas sociales aún con la advertencia de antemano de no confundirlas con las normas jurídicas en algo que podemos considerar como protoderecho se encuentran íntimamente ligadas con la moral y la ética, en-

Epílogo

tendida la ética como “[...] A este cuestionamiento de mi espontaneidad por la presencia del otro, se llama ética. El extrañamiento del Otro –su irreductibilidad al Yo– a mis pensamientos a mis posesiones, se lleva a cabo precisamente como un cuestionamiento de mi espontaneidad, como ética”⁵.

Si utilizamos como punto de partida esta concepción de la ética podemos hacer el planteamiento que en una situación de protoderecho son las prácticas sociales las que rigen la conducta de los individuos, situación en que la moral (entendida como parte de estas prácticas) y la ética están íntimamente ligadas; ya que en el momento en el que un hombre se relaciona con otro, antes que esa relación pueda ser de conocimiento u ontológica (como objetualización) es ética, esto nos permite afirmar que toda conducta que un ser humano realiza en sociedad es una conducta dirigida hacia Otro, y que además de estar regulada por las normas jurídicas implica una relación ético-moral. Este ámbito de lo ético-moral subyace y subsiste a la institucionalización del derecho, y forma en su conjunto una idea referente desde la cual se puede hacer la crítica al derecho.

De esta manera se podría intentar vincular el momento ético originario, con los principios y directrices que el profesor DWORKIN ha integrado al sistema jurídico.

3. A diferencia de la obra de H.L.A HART o de Hans Kelsen, DWORKIN no tiene la intención de crear una teoría que explique lo que debemos entender por derecho, su propuesta es más limitada a deconstruir⁶ el positivismo clásico como él lo denomina y a demostrar sus deficiencias al no considerar a los principios y a las directrices, ya que al incorporar estos, amplía el horizonte del lo que entendemos por derecho, aún más de lo que se había ampliado con el profesor HART, para quien la moral es un referente para la crítica del derecho.

Y aunque para DWORKIN sus referencias concretas son como se ha señalado, limitadas al derecho estadounidense y anglosajón, esto no impide que

⁵ LEVINAS, Emmanuel. *Totalidad e Infinito*. Cuarta edición, trad. Daniel E. Guilloit. Salamanca, España, Ediciones Sígueme-Salamanca, 1997, p. 67.

⁶ El más indicado para deconstruir el derecho es el que ha sido formado como abogado, y no aquel que aduce razones históricas o sociales ignorando la estructura del argumento legal. DWORKIN, Ronald. *El Imperio de la Justicia. De la teoría del derecho, de las decisiones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Trad. Claudia Ferrari. Barcelona, España. Gedisa, 1988, p. 24.

Derecho y moral. Estudio introductorio

sus aportaciones a la teoría del derecho sean de la mayor importancia, sobre todo en cuanto se refiere a la teoría de la argumentación que da fin a la teoría de la discrecionalidad, y que actualmente muchos de los jueces utilizan para resolver los casos difíciles que se les presentan.

También hay que considerar que nuestro autor al deconstruir al positivismo dominante hace una crítica a los fundamentos del derecho, de allí que conciba a éste más amplio que sus predecesores; no solo son reglas, sino principios morales y directrices.

Encuentra que subyacen al seno de cada teoría semántica del derecho problemas de fondo que tienen que ver con los fundamentos del derecho, y no solo con problemas de carácter lingüístico que refieran a lo que el derecho define o nombre; en especial menciona las teorías de AUSTIN y la de HART, como ideas que se imponen como dominantes en la práctica y teoría del derecho. Tal es el caso de la de AUSTIN de concebir que “el derecho es una cuestión de decisiones históricas tomadas por personas en posición de poder político”; y la de HART: de que “los verdaderos fundamentos del derecho yacen en la aceptación de una regla principal fundamental (el la denominó “regla de reconocimiento”) que asigna a personas o grupos en particular para hacer la ley”⁷.

De aquí que la construcción del nuevo modelo de las normas parta desde los fundamentos del derecho, introduciendo al centro del debate teórico la inclusión de los temas de carácter moral y político, así como el respeto de los derechos individuales desde la perspectiva del derecho como integridad, la congruencia de lo jueces en su papel activo, y la búsqueda de la respuesta correcta en los casos difíciles.

Una frase reveladora para éste apartado es aquella que podemos leer en la obra del profesor DWORKIN: *El Imperio de la Justicia*: “[...] Porque nos interesamos en el derecho, no solo porque lo utilizamos para nuestros propósitos, egoístas o nobles, sino porque el derecho es nuestra institución social más estructurada y reveladora. Si comprendemos mejor la naturaleza de nuestro argumento legal, conocemos mejor que clase de personas somos.”⁸

4. Hay en el profesor DWORKIN una visión humanista del derecho; humanista en el sentido de la preocupación que manifiesta respecto a la violación de los derechos de la minorías en Estados donde el derecho lo hacen las mayo-

⁷ *Ibid.* págs 36 y 37.

⁸ *Ibid.* p. 22.

Epílogo

rías. Esta postura de quien ha construido una teoría del derecho basado en el liberalismo-individualista puede parecer paradójica por no vincularse con lo que en economía se atribuye al liberalismo-individualista, e incluso podrían hacerse quizá algunas relaciones teóricas entre la defensa de las minorías y del individuo conculcado en los Estados contemporáneos, con lo que corrientes de pensamiento filosófico denominadas de la “liberación” sostienen.

Pensamos de manera concreta que quizá pueda crearse teóricamente un vínculo entre la ética de la Liberación⁹ y la tesis de los derechos, pero serían puntos concretos los que deben trabajarse, ya que las posturas son muy diferentes. Pues la filosofía del derecho del profesor DWORKIN surge al seno del liberalismo-individualista practicado y vivido en el país más poderoso del planeta, y nace como una nueva concepción del derecho, no solo en su aspecto descriptivo, sino prescriptivo en tanto que sostiene lo que debería ser el derecho para ser moralmente más correcto; y por otra parte la ética de la liberación nace en la zona de los excluidos, y es un pensamiento a modo de arma para la lucha por la emancipación de los excluidos del planeta¹⁰, por lo que liberación lo es en el sentido de transformar el sistema vigente e imponer un nuevo modelo como sistema imperante en todos los niveles sociales que existen.

Por el momento quede anotado como un trabajo que posteriormente podría hacerse respecto de estas aparentes afinidades, las cuales a su vez podrían implicar también otras muy interesantes que tienen que ver con el aspecto dialógico del humano, en que el derecho como ejercicio de acción interpretativa y el derecho como discurso pueden ser estudiados desde la perspectiva dialógica desde HUSSERL hasta HABERMAS, las metateorías de LYOTARD y el estructuralismo de FOUCAULT, pues hemos visto que filósofos contemporáneos del derecho como MACCORMICK y ALEXY han tenido grandes avances en este sentido dentro de la filosofía del derecho.

5. El carácter localista de la obra y pensamiento del profesor DWORKIN, el que no se ocupe de crear una teoría jurídica con pretensiones universales, que su teoría sea de carácter prescriptivo, que expanda los límites de lo jurídico

⁹ DUSSEL, Enrique. *Ética de la Liberación en la Edad de la Globalización y de la Exclusión*. Segunda edición. Valladolid, España, Trotta, 1998.

¹⁰ *Ibid.* Cfr. p. 304, el esquema 4.3 donde se establece un modelo para la transformación del sistema.

Derecho y moral. Estudio introductorio

hacia la filosofía política y la moral, y que la labor de Hércules en la praxis sea casi imposible de realizar debido a que casi nadie tiene el conocimiento, el tiempo, la paciencia y dedicación que se requieren para elaborar teorías tan complejas que prácticamente expliquen a todo el sistema normativo, constituyen algunas de las limitantes que del discurso a la labor fáctica se imponen en el ajeteo diario de la vida jurídica en los tribunales.

También en el ámbito teórico las limitantes de un discurso localista y bien dimensionado en el sistema jurídico anglosajón deben ser considerados a efecto de evitar el atribuir a DWORKIN teorías o pensamientos que pudiera haber tenido en caso de ocuparse de problemas jurídicos pertenecientes a otros sistemas normativos, lo que no serían sino en el mejor de los casos buenas intenciones que pretenden ocupar lo mejor de una teoría para emplearlo en una investigación con pretensiones más amplias, pero pudieran ser también mal intencionadas y pretender atribuir al autor cosas que no ha pensado o debatido. Por lo que en los comentarios que hemos realizado respecto a la obra de DWORKIN en relación con alguna otra teoría o pensamiento hemos tratado de tener el cuidado de dejarlo anotado como un problema a tratar en un trabajo más amplio sobre ese tema que resuelva problemas como los aquí mencionados.