

INTRODUCCIÓN

EL AFÁN DE LA FILOSOFÍA POR DAR CUENTA DEL DERECHO HA LLEVADO A LOS humanos en cada una de las épocas a crear teorías cuya pretensión es explicar todo lo implicado o referido con la palabra derecho. Cada generación lo ha realizado de diversas maneras, sin que se haya logrado consagrar ninguna de dichas teorías como la definitiva, al unísono que esto ocurre en el ámbito teórico, nuestra realidad se modifica y se hace necesario crear o perfeccionar nuestros modelos teóricos.

Las últimas décadas del siglo XX han visto surgir nuevas maneras de dar cuenta del derecho, en ello han participado filósofos cuyas aportaciones a nuestra comprensión de éste nuestro objeto, han sido muy valiosas, las cuales deben ser detenidamente analizadas con el propósito de obtener de ellas los frutos que han de nutrir nuestra formación jurídica. Este trabajo es en gran parte un esfuerzo por pensar algunos de los problemas planteados por algunos de los más importantes filósofos contemporáneos del derecho.

Partimos de la idea de que la filosofía del derecho en general y el iuspositivismo como una de sus manifestaciones no son lucubraciones fuera de la realidad, por el contrario, mantiene una relación estrecha e íntima con la praxis, enseñanza y aplicación del derecho.

En las páginas que conforman el grueso de éste trabajo hacemos una exposición de las ideas principales de los profesores HART, RAZ y DWORKIN, indagando en la estructura de su obra, y en algunos casos deconstruyéndola para encontrar las relaciones y/o distinciones entre el derecho y la moral. El propósito es seguir el camino andado por cada autor para poder encontrar los elementos suficientes que nos permitan distinguir entre la postura positivista incluyente, la positivista excluyente, y el antipositivismo.

Introducción

Por lo que en nuestro discurso empleamos las voces iuspositivismo y antipositivismo como dos tesis contrapuestas respecto de un mismo problema, más no perdemos de vista dos de las tendencias claras en el iuspositivismo¹, las cuales se denominan: incluyente, la cual admite la relación entre el derecho y la moral; y la excluyente: la que sostiene la distinción entre el derecho y la moral²; aunque esta relación o distinción no es en cuanto a la forma de determinar la validez del derecho. No son las únicas corrientes de pensamiento que se ocupan del tema, pero probablemente sí sean las más importantes, o las que mayor repercusión han tenido en el ámbito no solo teórico, sino incluso en el práctico, es por ello que adentrarnos en los planteamientos de los tres autores antes mencionados resulta una experiencia académicamente recomendable.

Es necesario mencionar que es nuestra condición humana, que no la técnica, la que nos vuelve a colocar frente a los problemas de lo moral y lo ético, esta vez frente a las teorías más acabadas de un positivismo que no niega el origen social del derecho, ni los problemas derivados de un lenguaje en gran parte común con el moral, más continúa en busca de la mejor manera de describir al derecho sin necesidad de implicar a elementos ajenos a él. En tanto que la postura antipositivista se caracteriza por demostrar la miopía de los afanes descriptivos del derecho, anteponiendo la importancia e influencia de la moral y lo político en la comprensión y praxis del derecho. Vinculados a éste debate están nuestros problemas contemporáneos: la autoridad del derecho, los modelos de interpretación, el por qué obedecemos al derecho, el cuestionamiento de los supuestos de la racionalidad en el ámbito jurídico, el problema del derecho como cultura y sus muy diversas implicaciones.

Los problemas de la moral y el derecho (y también de la autoridad en el caso de Joseph RAZ³) aunque formulados desde la perspectiva filosófica, no solo son

¹ Aunque tampoco entramos al análisis de si hay cinco o más tendencias al interior del positivismo, tema al que HART H. L. A. le dedica alguna atención, *Vid. Derecho y moral, contribuciones a su análisis*. trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1962, p. 16.

² GARZÓN VALDEZ Ernesto, “Derecho y moral”, en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de filosofía, Vol. II. Madrid, España. Trotta, 1996. p. 397.

³ RAZ Joseph, *La autoridad del derecho*, Trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p.5, donde Raz afirma “[...] La tesis positivista de este libro considera al derecho como un sistema que pretende autoridad [...]”

Derecho y moral. Estudio introductorio

de importancia teórica, pues toda modificación en la forma en cómo concebamos y describamos esta relación repercute necesariamente en la práctica.

Podemos, por ejemplo, decir que la aceptación de esta relación modificaría la postura que los jueces asumen respecto de las controversias que se les presentan para su solución. Pues en el caso de aceptar y sostener que existe una relación entre el derecho y la moral, lo cual se demostraría argumentativamente sin menoscabar los principios consagrados del derecho (como el de la no aplicación retroactiva de la ley, si se considera al juez como creador de derecho); sus efectos serían distintos si sostuvieran que entre derecho y moral no hay más que una relación conceptual, o incluso que derecho y moral son dos órdenes distintos que deben tratarse por separado.

Efectos importantes de la relación o distinción entre derecho y moral se nos muestran también en el ámbito del litigio, en éste puede ocurrir que cuando se han agotado los argumentos estrictamente jurídicos (o de la zona de certidumbre como los denomina el profesor HART⁴), tanto los jueces como los abogados no tienen una postura clara y definida frente al caso concreto, donde pueden estar implicados elementos de carácter moral y no solo jurídicos; por lo que es menester la elaboración de criterios jurídicos, morales o argumentos filosófico-jurídicos (teoría de la argumentación en el caso del profesor DWORKIN y el juez Hércules⁵) con el suficiente peso e importancia para que los guíe y así poder dictar una sentencia que sea más acorde con lo que a cada parte corresponde.

En otros casos, se carece de una visión institucional del derecho, o no se tiene una concepción de éste como un hecho social, ni hay un método claro que guíe nuestras ideas. En palabras del profesor RAZ, no existe una tesis social⁶ con la que seamos consecuentes y proporcionemos unidad a nuestra labor.

⁴ HART H. L. A., *El concepto del derecho*. Trad. de Genaro R. Carrió. Buenos Aires, Argentina. Abeledo-Perrot, 1998. Cfr. págs. 161-169. Donde Hart critica al formalismo o conceptualismo jurídico, demostrando la existencia de una zona de penumbra o incertidumbre.

⁵ DWORKIN Ronald, *Los derechos en serio*. Trad. de Marta Guastavino. Barcelona, España. Planeta-De Agostini, 1993. Cfr. págs. 176-208. Aquí es donde DWORKIN crea al super juez que llama Hércules, y explica la utilidad de la teoría de la argumentación para la solución de los casos difíciles.

⁶ RAZ Joseph, *La autoridad del derecho*. Op. Cit. págs. 59-65.

Introducción

No solo el derecho es un problema para la filosofía, otro y muy importante los es el de la moral; pues son varias las corrientes de pensamiento que sostienen puntos de vista en muchos de los casos equidistantes⁷; por lo que se debe aclarar que no es la pretensión hacer un estudio exhaustivo de qué es lo que debe entenderse por moral, ocurriendo algo muy semejante con la pregunta de ¿qué es el derecho?⁸ Por lo que se nos debe aceptar y no como una petición de principio, sino como un supuesto, que para desarrollar los temas de moral y derecho; lo haremos en los términos del pensamiento del autor de quien nos ocupemos o nos reframamos, aunque sin eludir la discusión de algunos de los temas planteados en el pensamiento filosófico contemporáneo.

Además de lo referido en las páginas previas, manifiesto un último argumento sobre la importancia del tema, el cual se debe a su actualidad, así como al colocar en el centro del debate la siguiente interrogante: ¿cuáles han de ser los criterios para determinar la validez del derecho, y cuál el método más adecuado para su estudio? Cuya respuesta tengo la certeza de que se inscribe en un debate más amplio que trasciende lo teórico y repercute en la praxis jurídica. Pues se nos ha de conceder que el derecho y la moral constituyen los dos sistemas normativos más relevantes en el ámbito de la regulación de la vida social⁹.

No me queda más que agradecer a quienes han sido parte importante para poder escribir este trabajo, el cual es resultado del pulimento de la tesis de licenciatura defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México en septiembre de 2006. A mi *alma mater* la Facultad de Derecho, cuyos maestros me han transmitido su saber, y de quienes además aprendí a amar a nuestra Universidad. Al Dr. Ruperto Patiño Manffer, quien es un baluarte y mecenas para quienes dedicamos nuestros afanes a la investigación y docencia jurídicas. Al Dr. Juan Vega Gómez, quien amablemente compartió sus conocimientos y dirigió este trabajo. Por supuesto, la responsabilidad por todos los errores contenidos es exclusiva del autor.

⁷ VÁZQUEZ Rodolfo (compilador), *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*. Distrito Federal, México. Distribuciones Fontamara, doctrina jurídica contemporánea, 1998. p. 11.

⁸ TAMAYO Y SALMORÁN Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho, introducción a la ciencia del derecho*. primera reimpression, México Distrito Federal. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1986. p. 19.

⁹ GARZÓN VALDEZ Ernesto, “Derecho y moral”, *Op. Cit.* nota 2. p. 397.